المُقنِع

لموفَّق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشَّرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصاف

فى معرفةِ الراجح مِنَ الخِلافِ

لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان بن أحمد المَرْداوِىّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركى

الجزء الحادى عشر

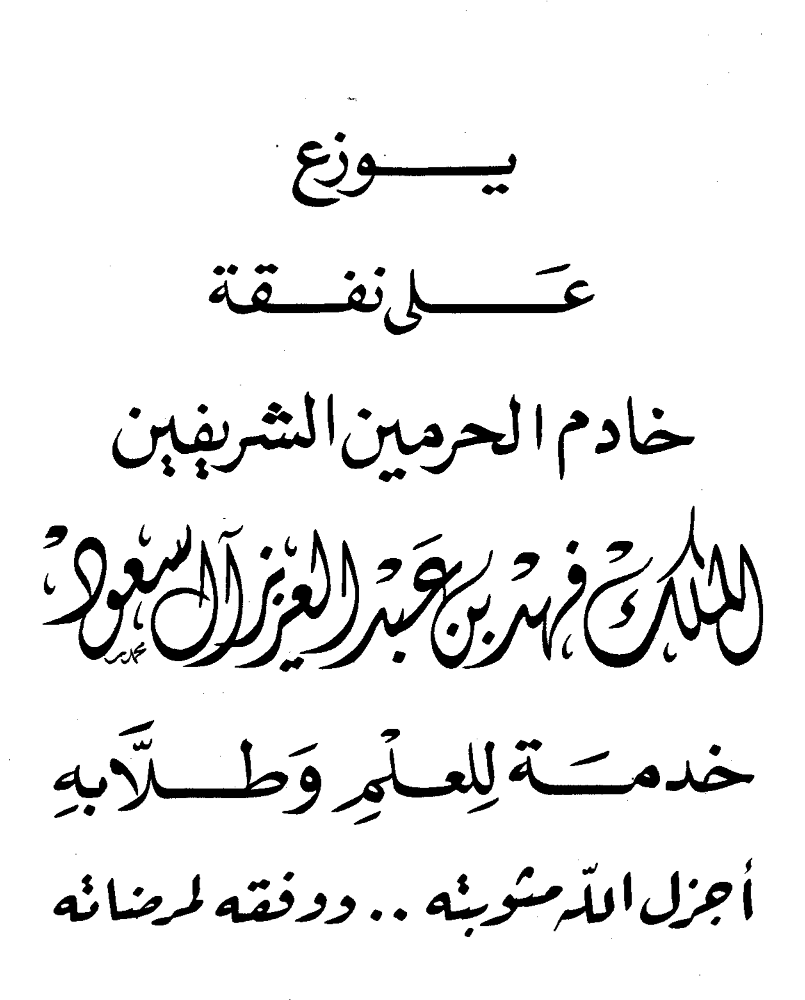
البيع

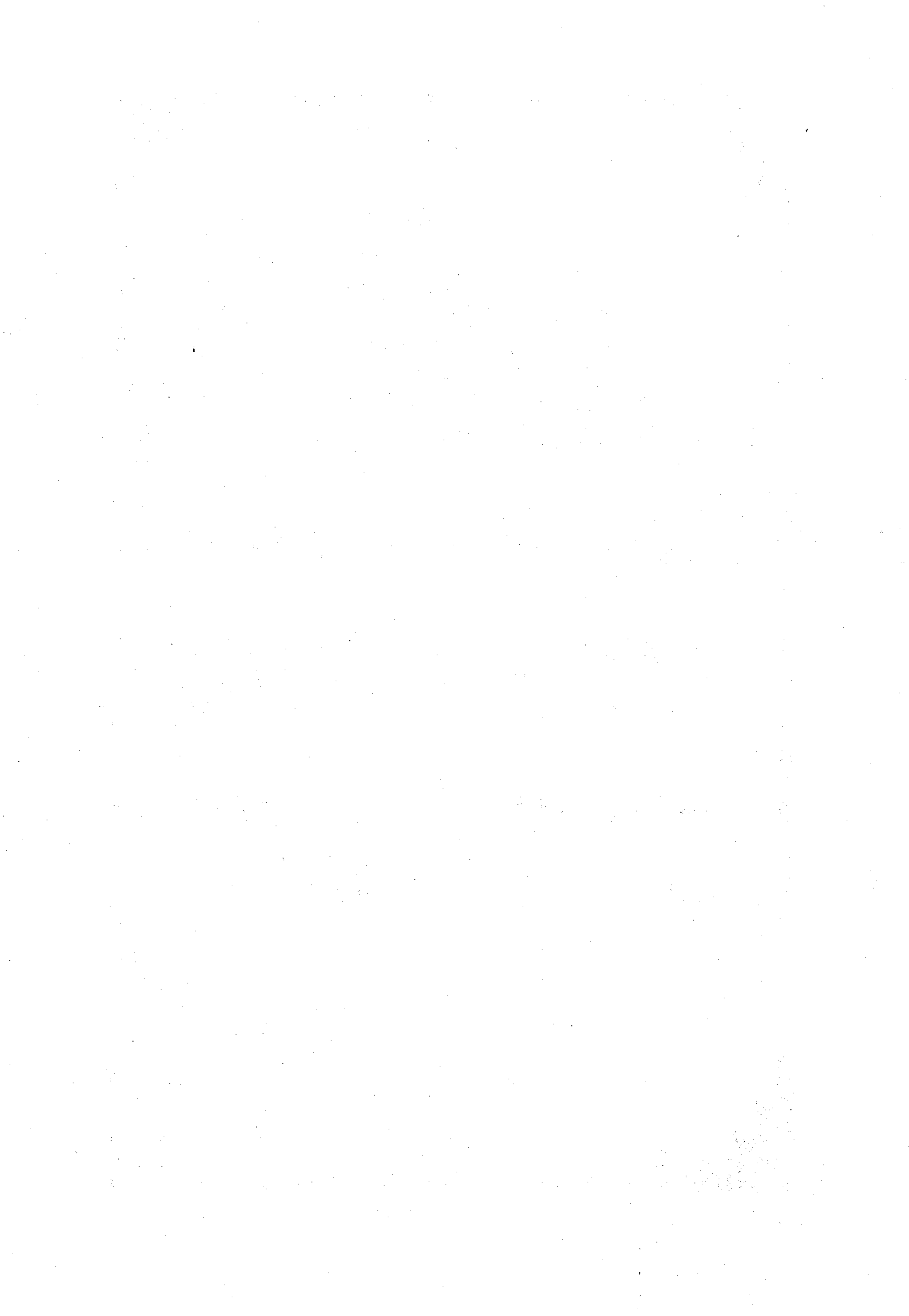
هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة


يوزع
على نفقة
خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
خدمة للعلم وطلابه
أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته



بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

كِتَابُ الْبَيْعِ

وَهُوَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ لِغَرَضِ التَّمَلُّكِ .

الشرح الكبير

كِتابُ البَيْعِ

البَيْعُ (مُبادَلَةُ المالِ بالمالِ) تَمْلِيكًا ، وتَمَلُّكًا . واشْتِقاقُه : مِن الباعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ مِن المُتَبايِعَيْن يَمُدُّ باعَه لِلأَخْذِ والإِعْطاءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما كان يُبايِعُ صاحِبَه ، أى يُصافِحُه عند البَيْعِ ؛ ولذلك سُمِّىَ البَيْعُ صَفْقَةً . والأَصْلُ فى جَوازِه الكِتابُ والسُّنَّةُ والإِجْماعُ ؛ أمّا الكِتابُ ، فقَوْلُه سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . وقَوْلُه تعالى :

الإنصاف

كِتابُ البَيْعِ

قوله : وهو مُبادَلَةُ المالِ بالمالِ لغَرَضِ التَّمَلُّكِ . اعلمْ أنَّ للبَيْعِ مَعْنَيَيْن ؛ مَعْنًى فى اللُّغَةِ ، ومَعْنًى فى الاصْطِلاحِ ؛ فمَعْناه فى اللُّغَةِ ، دَفْعُ عِوَضٍ وأَخْذُ مُعَوَّضٍ عنه . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : أرادَ المُصَنِّفُ هنا بحَدِّه ، بيَانَ مَعْنَى البَيْعِ فى اللُّغَةِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : البَيْعُ فى اللُّغَةِ عِبارَةٌ عن الإِيجابِ والقَبُولِ ، إذا تَناوَلَ عَيْنَيْن ، أو عَيْنًا بثَمَنٍ . وأمَّا مَعْناه فى الاصْطِلاحِ ، فقال القاضى ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ ، وغيرُهما : هو عِبارَةٌ عن الإِيجابِ والقَبُولِ ، إذا تضَمَّنَ عَيْنَيْن للتَّمْليكِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : هو عِبارَةٌ عن الإِيجابِ والقَبُولِ ، إذا تضَمَّنَ مالَيْن

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

الشرح الكبير

﴿ وَأَشْهِدُوٓا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[1] . وقَوْلُه : ﴿ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[2] . وقَوْلُه : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[3] . قال ابنُ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، كانت عُكاظٌ ، ومَجَنَّةُ ، وذو المَجازِ ، أسْواقًا فى الجاهِلِيَّةِ ، فلمّا كان الإسْلامُ تَأَثَّمُوا فيه ، فأُنْزِلَتْ : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ . يَعْنِى : فى مَواسِمِ الحَجِّ . وعن ابنِ الزُّبَيرِ نَحْوُه[4] . رَواه البُخارِىُّ[5] .

الإنصاف

للتَّمْليكِ . فأبْدَلَ العَيْنَيْن بمالَيْن ؛ ليَحْترِزَ عمَّا ليس بمالٍ . ولا يَطَّرِدُ الحَدَّان ، أىْ كلُّ واحدٍ منهما غيرُ مانعٍ ؛ لدُخولِ الرِّبا ، ويدْخُلُ القَرْضُ على الثَّانِى ، ولا يَنْعَكِسان ، أىْ كلُّ واحدٍ منهما غيرُ جامعٍ ؛ لخُروجِ المُعاطاةِ ، وخُروجِ المَنافعِ ، ومَمرِّ الدَّارِ ، ونحوِ ذلك . قال المُصَنِّفُ : ويدْخُلُ فيه عُقودٌ سِوَى البَيْعِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : هو بَيْعُ عَيْنٍ ومَنْفَعَةٍ ، وما يتَعلَّقُ بذلك . وقال الزَّرْكَشِىُّ : حَدُّ المُصَنِّفِ هنا حدٌّ شَرْعِىٌّ لا لُغَوِىٌّ . انتهى . قلتُ : وهو مُرادُه ؛ لأنَّه بصَدَدِ ذلك ، لا بصدَدِ حَدِّه فى اللُّغَةِ ، فدخَل فى حَدِّه بَيْعُ المُعاطاةِ ، لكِنْ يَرِدُ عليه القَرْضُ والرِّبا ، فليس بمانعٍ . وتابعَه على هذا الحَدِّ صاحِبُ « الحاوِى الكَبيرِ » ، و « الفائقِ » . وقال فى « النَّظْمِ » : هو مُبادَلَةُ المالِ بالمالِ ، بقَصْدِ

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٢) سورة النساء ٢٩ .

(٣) سورة البقرة ١٩٨ .

(٤) أخرجه الطبرى ، فى تفسيره ٤/١٦٥ - ١٦٩ .

(٥) فى : باب التجارة أيام الموسم ... ، من كتاب الحج ، وفى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة ﴾ ... ، وباب الأسواق التى كانت فى الجاهلية ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب تفسير سورة البقرة ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٢/٢٢٢ ، ٢٢٣ ، ٣/٦٩ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٦/٣٤ .

الشرح الكبير

وأمّا السُّنَّةُ ، فقَوْلُ النبيِّ ﷺ : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ورَوَى رِفاعَةُ ، أنَّه خَرَجَ مع النبيِّ ﷺ إلى المُصَلَّى ، فرَأى النَّاسَ يَتَبايَعُون ، فقال : « يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ » . فاسْتَجابُوا لرَسُولِ اللهِ ﷺ ، ورَفَعُوا أعْناقَهُم وأبْصارَهم إليه ، فقال : « إنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّارًا إلَّا مَنْ بَرَّ وَصَدَقَ » . قال التِّرْمِذِيُّ[2] : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ

الإنصاف

التَّمَلُّكِ بغيرِ رِبًا . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هو مُبادَلَةُ المالِ بالمالِ ، تَمْلِيكًا وتمَلُّكًا . وقال فى « الوَجيزِ » : هو عِبارَةٌ عن تَمْليكِ عينٍ ماليَّةٍ ، أو مَنْفعَةٍ مُباحَةٍ ، على التَّأْبِيدِ ، بعِوَضٍ ماليٍّ . ويَرِدُ عليه أيضًا الرِّبا والقَرْضُ . وبالجُمْلَةِ ، قَلَّ أنْ

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا بين البيعان و لم يكتما ونصحا ، وباب ما يمحق الكذب والكتمان فى البيع ، وباب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت فى الخيار ، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ... ، وباب إذا كان البائع بالخيار فهل يجوز البيع ، وباب إذا اشترى شيئا فوهب منه ساعته ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٧٦ ، ٧٧ ، ٨٣ – ٨٥ . ومسلم، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، وباب الصدق فى البيع والبيان ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٣ ، ١١٦٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٤ ، ٢٤٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥٤ – ٢٥٦ . والنسائى ، فى : باب ما يجب على التجار من التوفية فى مبايعتهم ، وباب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وباب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، وباب ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار فى لفظ هذا الحديث ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٥ ، ٢١٧ – ٢٢٠ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٦ . والدارمى ، فى : باب فى البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٥٦ ، ٢/٤ ، ٩ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٧٣ ، ١١٩ ، ١٣٥ ، ١٨٣ ، ٣١١ ، ٣/٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ ، ٥/١٢ ، ١٧ ، ٢١ – ٢٣ .

(2) فى : باب ما جاء فى التجار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢١٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب التوقى فى التجارة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٦ . والدارمى ، فى : باب فى التجارة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٤٧ .

المقنع وَلَهُ صُورَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ؛ فَيَقُولُ الْبَائِعُ : بِعْتُكَ . أَوْ : مَلَّكْتُكَ . وَنَحْوَهُمَا ، وَيَقُولُ الْمُشْتَرِى : ابْتَعْتُ .

الشرح الكبير صَحِيحٌ . فى أحادِيثَ كثيرَةٍ سِوَى هذه . وأجْمَعَ المسلمون على جَوازِ البَيْعِ فى الجُمْلَةِ ، والحِكْمَةُ تقْتَضِيه ؛ لأنَّ حاجَةَ الإنْسانِ تتَعَلَّقُ بما فى يَدِ صاحِبِه ، ولا يَبْذُلُه صاحِبُه بغيرِ عِوَضٍ ، ففى تَجْوِيزِ البَيْعِ طَرِيقٌ إلى وُصُولِ كلِّ واحِدٍ منهما إلى غَرَضِه ودَفْعِ حاجَتِه .

١٥٤٨ – مسألة : (وله صُورَتان ؛ إحْداهما ، [٢٢٢/٣و] الإيجابُ والقَبُولُ) فالإيجابُ ، أن (يَقُولَ البائِعُ : بِعْتُكَ . أو : مَلَّكْتُكَ . أو

الإنصاف يسْلَمَ حَدٌّ . قلتُ : لو قيل : هو مُبادَلَةُ عَيْنٍ أو مَنْفَعةٍ مُباحَةٍ مُطْلَقًا بأَحَدِهما كذلك على التَّأْبِيدِ فيهما ، بغيرِ رِبًا ولا قَرْضٍ . لَسَلِمَ .

فائدة : اشْتِقاقُه عندَ الأكثرِ مِنَ البَاعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَمُدُّ باعَه للأَخْذِ منه . قال الزَّرْكَشِىُّ : ورُدَّ مِن جِهَةِ الصِّناعَةِ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : ويحْتَمِلُ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما كان يُبايِعُ صاحِبَه ، أى يُصافِحُه عندَ البَيْعِ ، ولذلك يُسَمَّى البَيْعُ صَفْقَةً . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : البَيْعُ مُشْتَقٌّ مِنَ الباعِ ، وكان أحدُهم يمُدُّ يدَه إلى صاحِبِه ، ويَضْرِبُ عليها . ومنه قولُ عمرَ : البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيارٌ . انتهى . وقيل : هو مُشْتَقٌّ مِنَ البَيْعَةِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وفيه نَظَرٌ ؛ إذِ المَصْدَرُ لا يُشْتَقُّ مِنَ المَصْدَرِ ، ثم مَعْنى البَيْعِ غيرُ مَعْنَى المُبايَعةِ . وقال فى « الفائقِ » : هو مُشْتَقٌّ مِنَ المُبايَعةِ ، بمَعْنَى المُطاوَعَةِ ، لا مِنَ الباعِ . انتهى .

قوله : وله صُورَتان ؛ إحْداهما ، الإيجابُ والقَبولُ ؛ فيقولُ البائِعُ : بِعْتُكَ . أو : مَلَّكْتُكَ . ونحوَهما – مثلَ ، وَلَّيْتُكَ ، أو شَرَّكْتُكَ فيه – ويقولُ المُشْتَرِى : ابْتَعْتُ ،

المقنع

أَوْ : قَبِلْتُ . وَمَا فِى مَعْنَاهُمَا ، فَإِنْ تَقَدَّمَ الْقَبُولُ الْإِيجَابَ ، جَازَ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . [٩٠ظ]

الشرح الكبير

نَحْوَهما) . والقَبُولُ ، أن (يَقُولَ المُشْتَرِى : ابْتَعْتُ . أو : قَبِلْتُ . أو ما فى مَعْناهما . فإن تَقَدَّمَ القَبُولُ الإيجابَ ، جاز فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن) إذا تَقَدَّمَ القَبُولُ الإيجابَ بلَفْظِ الماضِى ، كقَوْلِه : ابْتَعْتُ مِنكَ . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّ لَفْظَ القَبُولِ والإيجابِ وُجِدَ منهما على وَجْهٍ تَحْصُلُ منه الدَّلالَةُ على تَراضِيهما ، فيَصِحُّ ، كما لو تَقَدَّمَ الإيجابُ . والثَّانِيَةُ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ مع تَقَدُّمِ القَبُولِ ، كالنِّكاحِ ، ولأنَّ القَبُولَ مَبْنِىٌّ على الإيجابِ ، فإذا لم يَتَقَدَّمِ الإيجابَ فقد

الإنصاف

أو : قَبِلْتُ . وما فى مَعْناهما . مثلَ ، تملَّكْتُ ، وما يأْتِى مِنَ الألْفاظِ التى يصِحُّ بها البَيْعُ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا ينْعقِدُ بدُونِ بعْتُ واشْتَرَيْتُ ، لاغيرَهما . ذكَرَها فى « التَّلْخيصِ » ، وغيرِه .

فوائد ؛ إحْداها ، لو قال [٤٤/٢ظ] : بِعْتُكه بكذا . فقال : أنا آخُذُه بكذا . لم يصِحَّ . وإنْ قال : أخذْتُه منك ، أو بذلك ، صحَّ . نقَلَه مُهَنَّا . الثَّانيةُ ، لا ينْعقِدُ البَيْعُ بلَفْظِ السَّلَفِ والسَّلَمِ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » فى بابِ السَّلَمِ . وظاهرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، لا يصِحُّ البَيْعُ بلَفْظِ السَّلَمِ . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّلاثِين » . وقيل : يصِحُّ بلَفْظِ السَّلَمِ . قالَه القاضى . الثَّالثةُ ، قال فى « التَّلْخيصِ » فى بابِ الصُّلْحِ : فى انْعِقادِ البَيْعِ بلَفْظِ الصُّلْحِ تردُّدٌ . فيَحْتَمِلُ الصِّحَّةَ وعدَمَها . وقال فى « الفُروعِ » : ويصِحُّ بلَفْظِ الصُّلْحِ ، على ظاهرِ كلامِه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُصُولِ » . وقالَه فى « التَّرْغيبِ » .

قوله : فإنْ تقَدَّمَ القَبولُ الإيجابَ ، جازَ ، فى إحْدى الرِّوايَتَيْن . وأطْلَقهما فى

الشرح الكبير

أَتى بالقَبُولِ فى غيرِ مَحَلِّه ، فوُجُودُه كعَدَمِه . فإن تَقَدَّمَ بلفظِ الطَّلَبِ ، فقال : بِعْنِى ثَوْبَكَ بكذا . فقال : بِعْتُكَ . ففيه رِوايَتان أيضًا ؛ إحْداهما ، يَصِحُّ ؛ لِما ذَكَرْنا . وهو قَوْلُ مالكٍ ، والشافعىِّ . والثانِيَةُ ، لا يَصِحُّ . وهو قَوْلُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه لو تَأَخَّرَ عن الإِيجابِ ، لم يَصِحَّ به البَيْعُ ، فلم يَصِحَّ إذا تَقَدَّمَ ، كلَفْظِ الاسْتِفْهامِ ، ولأنَّه عَقْدٌ عَرِىَ عن القَبُولِ ، فلم يَنْعَقِدْ ، كما لَوْ لم يَطْلُبْ . فأمّا إن تَقَدَّمَ بلَفْظِ الاسْتِفْهامِ ، مِثْلَ أن يَقُولَ : أتَبِيعُنِى ثَوْبَكَ بكذا ؟ فيَقُولُ : بِعْتُك . لَمْ يَصِحَّ بحالٍ . نَصَّ عليه أحمدُ .

الإنصاف

« الهِدَايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابن مُنَجَّى » ؛ إحْداهما ، يجوزُ ، أى يصِحُّ . وهو المذهبُ ، سواءٌ تقدَّمَ بلَفْظِ الماضِى أو بلَفْظِ الطَّلَبِ ، كقَوْلِه : بِعْنِى ثَوْبَك . أو مَلِّكْنِيه . فيقولُ : بِعْتُكَ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ ، أى لا يصِحُّ . اخْتارَها أكثرُ الأصحابِ . قالَه فى « الفُروعِ » ، كالنِّكاحِ . قال فى « النُّكَتِ » : نصَرَه القاضى وأصحابُه . قال القاضى : هذه الرِّوايَةُ هى المَشْهورَةُ . واخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . قال ابنُ هُبَيْرَةَ : هذه أشْهَرُهما عن أحمدَ . انتهى . وجزَم به فى « المُبْهِجِ » وغيره . وصحَّحَه فى « الخُلاصَهِ » وغيرِها . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، إنْ تقدَّمَ القَبولُ على الإِيجابِ بلَفْظِ الماضِى ، صحَّ ، وإنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، لم يصِحَّ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الحاوِيَيْن » : فإنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الماضِى ، صحَّ ، وإنْ تقدَّمَ بلفْظِ الطَّلَبِ ، فرِوايَتان . وقال فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » : إنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الماضِى ،

المقنع

وَإِنْ تَرَاخَى الْقَبُولُ عَنِ الْإِيجَابِ ، صَحَّ مَادَامَا فِى الْمَجْلِسِ وَلَمْ

الشرح الكبير

وبه يَقُولُ أبو حَنِيفَةَ ، والشافعىُّ . ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهم ؛ لأنَّ ذلك لَيْسَ بقَبُولٍ ولا اسْتِدْعاءٍ .

١٥٤٩ – مسألة : (وإن تَراخَى القَبُولُ عن الإِيجابِ ، صَحَّ ما داما

الإنصاف

صحَّ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن ، وإنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، فروايَتان . وقطَع فى « الكافِى » بالصِّحَّةِ إنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الماضِى ، وعدَمِ الصِّحَّةِ إنْ تقدَّمَ بلَفْظِ الطَّلَبِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، وهو مُرادُ المُصَنِّفِ ، إن كان بلَفْظِ الماضِى المُجَرَّدِ عن الاسْتِفْهامِ ، أو بلَفْظِ الطَّلَبِ لا غيرُ ، كما تقدَّم . أمَّا لو كان بلَفْظِ المُضارِعِ ، أو كان بلَفْظِ الماضِى المُسْتَفْهَمِ به ، مثْلَ قوْلِه : أَبِعْتَنِى هذا بكذا ؟ أو أَتَبِيعُنِى هذا بكذا ؟ فيقولُ : بِعْتُكَ . لم يصِحَّ . نصَّ عليه . حتى يقولَ بعدَ ذلك : ابْتَعْتُ ، أو قَبِلْتُ ، أو اشْتَرَيْتُ ، أو تمَلَّكْتُ ، ونحوَها .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو قال البائعُ للمُشْتَرِى : اشْتَرِه بكذا ، أو ابْتَعْه بكذا . فقال : اشْتَرَيْتُه ، أو ابْتَعْتُه . لم يصِحَّ ، حتى يقولَ البائعُ بعدَه : بِعْتُكَ ، أو مَلَّكْتُكَ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . قال فى « النُّكَتِ » : وفيه نظَرٌ ظاهِرٌ ، والأَوْلَى ، أنْ يكونَ كتَقَدُّمِ الطَّلَبِ مِنَ المُشْتَرِى ، وأنَّه دالٌّ على الإِيجابِ والبَذْلِ . انتهى . الثَّانيةُ ، لو قال : بِعْتُكَ . أو قَبِلْتُ ، إنْ شاءَ اللهُ . صحَّ ، بلا نزاعٍ أعْلَمُه . وجزَم به فى « المُغْنِى » وغيرِه ، فى آخِرِ الإِقْرارِ . ويأْتِى نظِيرُه فى النِّكاحِ ، ويأْتِى ذلك فى بابِ ما يحْصُلُ به الإِقْرارُ .

الثَّالثةُ ، قوله : وإنْ تراخَى القَبولُ عنِ الإِيجاب ، صَحَّ ما داما فى المجْلِسِ [٢/٤٥و] ولم يتَشاغَلا بما يقْطَعُه . قيَّد الأصحابُ قوْلَهم : ولم يتَشاغَلا بما يقْطَعُه ، بالعُرْفِ .

المقنع

يَتَشَاغَلَا بِمَا يَقْطَعُهُ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَالثَّانِيَةُ ، الْمُعَاطَاةُ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : أَعْطِنِى بِهَذَا الدِّينَارِ خُبْزًا . فَيُعْطِيَهُ مَا يُرْضِيهِ . أَوْ يَقُولَ الْبَائِعُ : خُذْ هَذَا بِدِرْهَمٍ . فَيَأْخُذَهُ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَا يَصِحُّ هَذَا إِلَّا فِى الشَّىْءِ الْيَسِيرِ .

الشرح الكبير

فى المَجلِسِ و لم يَتَشاغَلا بما يَقْطَعُه ، وإلَّا فلا) لأنَّ حالَةَ المَجْلِسِ كحالَةِ العَقْدِ ؛ بدَليلِ أنَّه يَكْتَفِى بالقَبْضِ فيه لِما يَشْتَرِطُ قَبْضَه . فإن تَفَرَّقا عن المَجْلِسِ ، أو تَشاغَلا بما يَقْطَعُه ، لم يَصِحَّ ؛ لأن العَقْدَ إنَّما يَتِمّ بالقَبُولِ ، فلم يَتِمَّ مع تَباعُدِه عنه ، كالاسْتِثْناءِ ، والشَّرْطِ ، وخَبَرِ المُبْتَدَأ الَّذى لا يَتِمُّ الكَلَامُ إلَّا به .

١٥٥٠ – مسألة : (الثّانِيَةُ ، المُعاطاةُ) وهو (أن يَقُولَ : أعْطِنِى بهذا الدِّينارِ خُبزًا . فيُعْطِيَه ما يُرْضِيه . أو يَقُولَ البائِعُ : خُذْ هذا بدِرْهَمٍ . فيأْخُذَه . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ هذا إلَّا فى الشَّىءِ اليَسِيرِ) نَصَّ أحمدُ على صِحَّةِ هذا البَيْعِ ، فى مَن قال لخَبّازٍ : كيف تَبِيعُ الخُبْزَ ؟ قال : كذا بدِرْهَمٍ . قال : زِنْهُ ، وتَصَدَّقْ به . فإذا وَزَنَه ، فهو عليه . وقَوْلُ مالِكٍ نَحْوٌ مِن هذا ، فإنَّه قال : يَقَعُ البَيْعُ بما يَعْتَقِدُه النّاسُ بَيْعًا . وقال بَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ : يَصِحُّ فى خَسائِسِ الأشْياءِ . وهو قَوْلُ القاضِى ؛ لأنّ العُرْفَ

الإنصاف

قوله : والثَّانِيةُ ، المُعاطاةُ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ بَيْعِ المُعاطاةِ مُطْلَقًا ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ ، وهو المَعْمُولُ به فى المذهبِ . وقال القاضى : لا يَصِحُّ إلَّا فى الشَّىءِ اليَسِيرِ . وعنه ، لا يَصِحُّ مُطْلَقًا . وقدَّمَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وأطْلَقَهُنَّ فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » .

الشرح الكبير

إنَّما جَرَى به فى الشَّىْءِ اليَسِيرِ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ ، أنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ إلَّا بإيجابٍ وقَبولٍ . وذَهَب بَعْضُ أصْحابِه إلى مِثْلِ قَوْلِنا . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى أحَلَّ البَيْعَ ، ولَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّته ، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ فيه إلى العُرْفِ ، كما رُجِعَ إليه فى القَبْضِ والإحْرازِ والتَّفْرِيقِ ، والمُسْلِمُون فى أسْواقِهم وبِياعاتِهم على ذلك ، ولأنَّ البَيْعَ كان [٢٢٢/٣ظ] مَوجُودًا بينَهم مَعْلُومًا عندَهم ، وإنَّما عَلَّقَ الشَّرْعُ عليه أحْكامًا ، وأبْقاه على ما كان ، فلا يَجُوزُ تَغْيِيرُه بالرَّأْىِ والتَّحَكُّمِ ، ولَمْ يُنْقَلْ عن النبىِّ ﷺ ولا عن أصْحابِه - مع كَثْرَةِ وُقُوعِ البَيْعِ بينَهم - اسْتِعْمالُ الإيجابِ والقَبُولِ ، ولو اسْتَعْمَلُوا ذلك فى بِياعاتِهم لنُقِلَ نَقْلًا شائِعًا ، ولو كان ذلك شَرْطًا ، لوَجَبَ نَقْلُه ، ولَمْ يُتَصَوَّرْ منهم إهْمالُه والغَفْلَةُ عن نَقْلِه ، ولأنَّ البَيْعَ مِمّا تَعُمُّ به البَلْوَى ، فلو اشْتُرِطَ الإيجابُ والقَبولُ لبَيَّنَه النبىُّ ﷺ بَيانًا عامًّا ، ولم يَخْفَ حُكْمُه ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى وُقُوعِ العُقُودِ الفاسِدَةِ كَثِيرًا ، وأكْلِهِمُ المالَ بالباطِلِ ، ولم يُنْقَلْ ذلك عن النبىِّ ﷺ ، ولا عن أحدٍ مِن أصْحابِه ، فيما عَلِمْناه ، ولأنَّ النّاسَ يَتَبايَعُون بالمُعاطاةِ فى كلِّ عَصْرٍ ، ولم يُنْقَلْ إنْكارُه قبلَ مُخالِفِينا ، فكان إجْماعًا ،

الإنصاف

تنبيهات ؛ أحدُها ، بَيْعُ المُعاطَاةِ كما مَثَّلَ المُصَنِّفُ ، ومِثْلُ مالو ساوَمَه سِلْعَةً بثَمَنٍ ، فيقولُ : خُذْها ، أو هى لك ، أو قد أعْطَيْتُكَها . أو يقولُ : كيفَ تَبِيعُ الخُبْزَ ؟ فيقولُ : كذا بدِرْهَمٍ . فيقولُ : خُذْ دِرْهَمًا ، أو زِنْه . ونحوَ ذلك مِمَّا يدُلُّ على البَيْعِ والشِّراءِ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وقال أيضًا : ويصِحُّ بشَرْطِ خيارٍ مَجْهولٍ ، كما فى المَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ والخِيارِ مع قَطْعِ ثَمَنِه عُرْفًا وعادةً . قال فى « الفُروعِ » : مِثْلُ المُعاطاةِ ، وَضْعُ ثَمَنِه عادةً وأخْذُه . الثّانِى ، كلامُ

الشرح الكبير

ولأنَّ الإيجابَ والقَبُولَ إنَّما يُرَادانِ للدَّلالَةِ [1] على التَّراضِى [1] ، فإذا وُجِدَ ما يَدُلُّ عليه مِن المُساوَمَةِ والتَّعاطِى ، قام مَقامَهما ، وأجْزأ عنهما ؛ لعَدَمِ التَّعَبُّدِ فيه .

فصل : وكذلك الحُكْمُ فى الإيجابِ والقَبُولِ ، فى الهِبَةِ والهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ ، فإنَّه لم يُنْقَلْ عن النبىِّ ﷺ ، ولا عن أحَدٍ مِن أصْحابِه اسْتِعْمالُ ذلك فيه ، وقد أُهْدِىَ إلى رسولِ اللهِ ﷺ مِن الحَبَشَةِ وغيرِها ، وكان

الإنصاف

المُصَنِّفِ كالصَّريحِ فى أنَّ بَيْعَ المُعاطَاةِ لا يُسَمَّى إيجابًا وقَبُولًا . وصرَّح به القاضى وغيرُه ، فقال : الإيجابُ والقَبولُ للصِّيغَةِ المُتَّفَقِ عليها . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : عِبارَةُ أصحابِنا وغيرِهم تَقْتَضِى أنَّ المُعاطَاةَ ونحوَها ليستْ مِنَ الإيجابِ والقَبُولِ ، وهو تَخْصِيصٌ عُرْفِىٌّ . قال : والصَّوابُ أنَّ الإيجابَ والقَبُولَ اسْمٌ لكُلِّ تَعاقُدٍ ؛ فكُلُّ ما انْعقَدَ به البَيْعُ مِنَ الطَّرفَيْن ، سُمِّىَ إثْباتُه إيجابًا ، والْتِزامُه قَبولًا . الثَّالثُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يَصِحُّ البَيْعُ بغيرِ الإيجابِ والقَبولِ بالألفاظِ المُتقَدِّمَةِ بشَرْطِها ، والمُعاطَاةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه القاضى ، و الأصحابُ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ صِحَّةَ البَيْعِ بكُلِّ ما عدَّه النَّاسُ بَيْعًا ؛ مِن مُتَعاقِبٍ ومُتَراخٍ مِن قَوْلٍ أو فِعْلٍ .

فائدتان ؛ إحداهما ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الهِبَةَ كَبَيْعِ المُعَاطاةِ ، على ما يأْتِى فى بابِه . قال فى « الفُروعِ » : ومِثْلُه الهِبَةُ . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، وغيرِهم : وكذا الهِبَةُ ، والهَدِيَّةُ ، والصَّدَقَةُ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه صِحَّةَ الهِبَةِ ، سواءٌ صحَّحْنا بَيْعَ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

النّاسُ يَتَحَرَّوْن بهَداياهم يومَ عائِشَةَ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ورَوَى البُخارِيُّ[2] عن أبي هُرَيْرَةَ ، قال : كان رسولُ اللهِ ﷺ ، إذا أُتِىَ بطَعامٍ سَأل عنه : « أَهَدِيَّةٌ أمْ صَدَقَةٌ ؟ » . فإن قِيلَ : صَدَقَةٌ . قال لأصْحابِه : « كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، وإن قِيلَ : هَدِيَّةٌ . ضَرَب بيَدِه ، فأكَلَ معهم . وفى حديثِ سَلْمانَ[3] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، حينَ جاء إلى النبىِّ ﷺ بتَمْرٍ ، فقال : هذا شَىْءٌ مِن الصَّدَقَةِ ، رَأَيْتُك أنت وأصْحابَكَ أَحَقَّ النّاسِ به . فقال النبىُّ ﷺ لأصْحابِه : « كُلُوا » . و لم يَأْكُلْ ، ثم أتاه ثانِيَةً بتَمْرٍ ، فقال : رَأَيْتُكَ لا تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ ، وهذا شَىْءٌ أهْدَيْتُه لك . فقال النبىُّ ﷺ : « بِسْمِ اللهِ » . وأكَلَ . و لم يُنْقَلْ قَبُولٌ ، ولا أمْرٌ بإيجابٍ . وإنَّما سَأل ليَعْلَمَ ، هل

الإنصاف

المُعاطَاةِ أوْ لا . انتهى . فمتى قُلْنا بالصِّحَّةِ ، يكونُ تَجْهِيزُ ابْنَتِه بجَهازٍ إلى زَوْجِها تمْليكًا ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « الفُروعِ » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : تَجْهِيزُ المَرْأةِ بجَهازٍ إلى بَيْتِ زَوْجِها تَمْليكٌ . قال القاضى : قِياسُ قَوْلِنا فى بَيْعِ المُعاطَاةِ ، أنَّها تَمْلِكُه بذلك . وأفْتَى به بعضُ أصحابِنا . الثّانيةُ ، لا بَأْسَ بذَوْقِ المَبِيعِ عندَ

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب قبول الهدية ، وباب من أهدى إلى صاحبه فتحرى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب الهبة ، وفى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح البخارى ٣/٢٠٣ - ٢٠٥ ، ٥/٣٧ . ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله تعالى عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤/١٨٩١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فضل عائشة رضى الله عنها ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣/٢٥٥ . والنسائى ، فى : باب حب الرجل بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧/٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٩٣ .

(2) تقدم تخريجه فى ٧/٢٩٧ .

(3) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٤٣٨ ، ٤٣٩ .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ سَبْعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، التَّرَاضِى بِهِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَأْتِيَا بِهِ اخْتِيَارًا ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُكْرَهًا ، لَمْ يَصِحَّ ،

الشرح الكبير

هو صَدَقَةٌ أو هَدِيَّةٌ ؟ ولو كان الإيجابُ والقَبولُ شَرْطًا فى هذه العُقُودِ لشَقَّ ذلك ، ولكانت أكْثَرُ العُقُودِ فاسِدَةً ، وأكْثَرُ أمْوالِهم مُحَرَّمَةً . وهذا ظاهِرٌ إن شاء اللهُ تعالى .

(**فصل**) قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ولا يَصِحُّ البَيْعُ إلَّا بشُرُوطٍ سَبْعَةٍ ؛ أحَدُها ، التَّراضِى به ؛ وهو أن يَأْتِيا به اخْتِيارًا) لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ إِلَّا أن تَكُونَ تِجَارَةً عن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ . (فإنْ كان أحَدُهما مُكْرَهًا ، لم

الإنصاف

الشِّراءِ . نصَّ عليه ؛ لقَوْلِ ابنِ عَبَّاسٍ . وقال الإمامُ أحمدُ مرَّةً : لا أدْرِى ، إلَّا أنْ يَسْتَأْذِنَ .

قوله : فإنْ كان أحدُهما مُكْرَهًا ، لم يصِحَّ . هذا المذهبُ بشَرْطِه ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « الفائقِ » : قلتُ : ويحْتَمِلُ الصِّحَّةَ ، وثُبوتَ الخِيارِ عندَ زَوالِ إكْراهِه .

فوائد ؛ إحْداها ، قوله : أحدُها ، التَّراضِى به ، وهو أنْ يأْتِيا به اخْتيارًا . لو أُكْرِهَ على وَزْنِ مالٍ ، فباعَ مِلْكَه لذلك ، كُرِهَ الشِّراءُ ، وصحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، والرِّوايَتَيْن ، وهو بَيْعُ المُضْطَرِّ . ونقَل حَنْبَلٌ تحْريمَه وكَراهَتَه . واخْتارَ الشَّيْخُ [٢/٤٥ظ] تَقِىُّ الدِّينِ الصِّحَّةَ مِن غيرِ كَراهَةٍ . ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، بَيْعُ التَّلْجِئَةِ ، والأمانَةِ ، وهو أنْ يُظْهِرَا بَيْعًا لم يُريدَاه باطِنًا ، بل خَوْفًا مِن ظالمٍ دَفْعًا له ، باطِلٌ . ذكَرَه القاضى ، وأصحابُه ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرُهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ .

المقنع

إِلَّا أَنْ يُكْرَهَ بِحَقٍّ ؛ كَالَّذِى يُكْرِهُهُ الْحَاكِمُ عَلَى بَيْعِ مَالِهِ لِوَفَاءِ دَيْنِهِ .

الشرح الكبير

يَصِحُّ) لعَدَمِ الشَّرْطِ (إِلَّا أن يُكْرَهَ بحَقٍّ ؛ كالذى يُكْرِهُه الحاكِمُ على بَيْعِ مالِه لوَفاءِ دَيْنِه) فيَصِحُّ ؛ لأنَّه قَوْلٌ حُمِلَ عليه لحَقٍّ ، فصَحَّ ، كإِسْلامِ المُرْتَدِّ . [٢٢٣/٣و]

الإنصاف

وقال فى « الرِّعَايَةِ » : ومَن خافَ ضَيْعَةَ مالِه ، أو نَهْبَه ، أو سَرِقَتَه ، أو غَصْبَه ، أو أخْذَه منه ظُلْمًا ، صحَّ بَيْعُه . قال فى « الفُروعِ » عن كلامِه : وظاهِرُه ، أنَّه لو أوْدَعَ شَهادةً ، فقال : اشْهَدوا على أنِّى أبيعُه ، أو أتبرَّعُ له به ، خوْفًا أو تُقْيَةً . أنَّه يصِحُّ ذلك ، خِلافًا لمالِكٍ فى التَّبرُّعِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : مَن اسْتَوْلَى على مالِ غيرِه ظُلْمًا بغيرِ حقٍّ ، فطَلَبَه صاحِبُه ، فجَحَدَه أو منَعَه إيَّاه حتى يبيعَه ، فباعَه على هذا الوَجْهِ ، فهذا مُكْرَهٌ بغيرِ حقٍّ . الثَّالثةُ ، لو أسَرَّا الثَّمَنَ ألْفًا بلا عَقْدٍ ، ثم عقَداه بألْفَيْن ، ففى أيِّهما الثَّمَنُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » فى بابِ الصَّداقِ ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قطَع ناظِمُ المُفْرَداتِ ، أنَّ الثَّمَنَ الذى أسَرَّاه . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وحكَاه أبو الخطَّابِ ، وأبو الحُسَيْنِ ، عنِ القاضى . والذى قطَع به القاضى فى « الجامعِ الصَّغيرِ » ، أنَّ الثَّمنَ ما أظْهَراه ، ولو عقَداه سِرًّا بثَمَنٍ ، وعَلانِيَةً بأكْثَرَ ، فقال الحَلْوانِىُّ : هو كالنِّكاحِ . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . ذكَرَه فى كتابِ الصَّداقِ . الرَّابعةُ ، فى صِحَّةِ بَيْعِ الهازِلِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وصحَّح فى « الفائقِ » البُطْلانَ . واخْتارَه القاضى . وجزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » ، و « الفِقْهِيَّةِ » : والمَشْهُورُ البُطْلانُ . وقيل : لا يبْطُلُ . اخْتارَه أبو الخطَّابِ . قالَه فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » ، و « الفِقْهِيَّةِ » .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّانِى ، أَنْ يَكُونَ العَاقِدُ جَائِزَ التَّصَرُّفِ ؛ وَهُوَ الْمُكَلَّفُ الرَّشِيدُ ، ....

الشرح الكبير

(**فصل**: الثّانِى، أن يَكُونَ العاقِدُ جائِزَ التَّصَرُّفِ؛ وهو المُكَلَّفُ الرَّشِيدُ) فلا يَصِحُّ مِن غيرِ عاقِلٍ؛ كالطِّفْلِ، والمَجْنُونِ، والمُبَرْسَمِ، والسَّكْرانِ، والنّائِمِ؛ لأنَّه قولٌ يُعْتَبَرُ له الرِّضا، فلم يَصِحَّ مِن غيرِ عاقِلٍ، كالإِقْرارِ. وسَواءٌ

الإنصاف

وقال فى « الانْتِصارِ » : يُقْبَلُ منه بقَرِينَةٍ . الخامسةُ ، مَن قال لآخَرَ : اشْتَرِنى مِن زَيْدٍ ، فإنِّى عبْدُه . فاشْتَراه ، فبانَ حُرًّا ، لم يَلْزَمْه العُهْدَةُ ، حضَر البائِعُ أو غابَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نقَلَه الجماعةُ . كقَوْلِه : اشْتَرِ منه عَبْدَه هذا . ويُؤَدَّبُ هو وبائِعُه ، لكنْ ما أخَذ المُقِرُّ غرِمَه . نصَّ عليهما . وسألَه ابنُ الحَكَمِ عن رَجُلٍ يُقِرُّ بالعُبودِيَّةِ حتى يُباعَ ؟ قال : يُؤْخَذُ البائِعُ والمُقِرُّ بالثَّمَنِ ، فإنْ ماتَ أحدُهما أو غابَ ، أُخِذَ الآخَرُ بالثَّمَنِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوجَّهُ هذا فى كلِّ غارٍّ . وما هو ببَعِيدٍ . ولو كان الغارُّ أُنْثَى ، حُدَّتْ ولا مَهْرَ ، نصَّ عليه ، ويَلْحقُه الوَلَدُ . السَّادسةُ ، لو أقرَّ أنَّه عبْدُه ، فرَهَنَه ، قال فى « الفُروعِ » : فيتَوجَّهُ كبَيْعٍ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . و لم يُنْقَلْ عن أحمدَ فيه إلَّا رِوايَةُ ابنِ الحَكَمِ المُتقَدِّمةُ ، وقال بها أبو بَكْرٍ .

قوله : الثَّانِى ، أنْ يكونَ العاقِدُ جائِزَ التَّصَرُّفِ ؛ وهو المُكَلَّفُ الرَّشِيدُ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، اشْتِراطُ التَّكْليفِ والرُّشْدِ فى صِحَّةِ البَيْعِ مِن حيثُ الجُمْلَةُ . وعنه ، يصِحُّ تصَرُّفُ المُمَيِّزِ ، ويقِفُ على إجازَةِ وَلِيِّه . وعنه ، يصِحُّ مُطْلَقًا . ذكَرَها الفَخْرُ إسْماعِيلُ البَغْدَادِىُّ[1] . وقال فى « الانْتِصارِ » ،

---

(١) إسماعيل بن على بن حسين البغدادى ، الأزجى ، فخر الدين ، أبو محمد . اشتهر بغلام ابن المنى . فقيه ، أصولى ، متكلم ، له تصانيف مثل « المفردات » ، « التعليقة المشهورة » . توفى سنة عشر وستمائة . ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ٦٦ - ٦٨ .

المقنع

إِلَّا الصَّبِيَّ الْمُمَيِّزَ ، وَالسَّفِيهَ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ تصرُّفُهُمَا بِإِذْنِ وَلِيِّهِمَا ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَلَا يَصِحُّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، إِلَّا فِي الشَّيْءِ الْيَسِيرِ .

الشرح الكبير

أذِنَ له وَلِيُّه، أو لم يَأْذَنْ. فأمّا (الصَّبِيُّ المُمَيِّزُ، والسَّفِيهُ، فيَصِحُّ تَصَرُّفُهما بإِذْنِ ولِيِّهما، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن. ولا يَصِحُّ بغَيْرِ إذْنِهما، إلَّا فى الشيءِ اليَسِيرِ) يَصِحُّ تَصَرُّفُ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ، بالبَيْعِ والشِّراءِ فيما أذِنَ له الوَلِيُّ فيه، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن. وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ. والأُخْرَى، لا يَصِحُّ حتى يَبْلُغَ. وهو قولُ الشافعىِّ؛ لأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ، فأَشْبَهَ غيرَ المُمَيِّزِ. ولأنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الوُقُوفُ منه على الحَدِّ الذى يَصِحُّ به التَّصَرُّفُ؛ لخَفائِه وتَزايُدِه تَزايُدًا خَفِىَّ التَّدْرِيجِ، فجَعَلَ الشّارِعُ له ضابطًا، وهو البُلُوغُ، فلا تَثْبُتُ له أحْكامُ العُقَلاءِ قبلَ وجُودِ المَظِنَّةِ. ولَنا، قولُ اللهِ تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[1]. مَعْناهُ ، اخْتَبِرُوهُم لتَعْلَمُوا رُشْدَهُمْ ، وإنَّما يَتَحَقَّقُ ذٰلك بتَفْويضِ التَّصَرُّفِ إليهم مِن البَيْعِ والشِّراءِ ؛ ليُعْلَمَ هل تَغَيَّرَ[2] أو لا ، ولأنَّه عاقِلٌ مُمَيِّزٌ مَحْجُورٌ عليه ، فيَصِحُّ تَصَرُّفُه بإذْنِ وَلِيِّه ، كالعَبْدِ . وفارَقَ غيرَ المُمَيِّزِ ، فإنّه لا تَحْصُلُ له المَصْلَحَةُ بتَصَرُّفِه ؛ لعَدَمِ تَمْييزِه ومَعْرِفَتِه، ولا حاجَةَ إلى اخْتِبارِه؛ لأنَّه قد عُلِمَ حالُه. وقَوْلُهم: إنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عليه.

الإنصاف

و « عُيونِ المَسائلِ » : ذكَر أبو بَكْرٍ صِحَّةَ بَيْعِه ونِكاحِه .

قوله : إلَّا الصَّبِيَّ المُمَيِّزَ والسَّفِيهَ ، [٢/٤٦و] فإنَّه يصِحُّ تَصَرُّفُهما بإذْنِ وَلِيِّهما فى إحْدَى الرِّوايَتين. وهى المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، لا يصِحُّ

---

(١) سورة النساء ٦ .

(٢) فى ر ١ : « يغبن » .

الشرح الكبير

قلنا: يُعْلَمُ ذلك بتصَرُّفاتِه وجَرَيانِها على وَفْقِ المَصْلَحَةِ، كما يُعْلَمُ فى حَقِّ البالِغِ، فإنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِه شَرْطٌ لدَفْعِ مالِه إليه وصِحَّةِ تَصَرُّفِه، كذا هٰهُنا. فأمَّا إنْ تَصَرَّفَ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه، إلَّا فى الشىءِ اليَسِيرِ. وكذلك تَصَرُّفُ غيرِ المُمَيِّزِ؛ لِما رُوِىَ أنَّ أبا الدَّرْداءِ، رَضِىَ اللهُ عنه، اشْتَرَى مِن صَبِىٍّ عُصْفُورًا، فأَرْسَلَه. ذَكَرَه ابنُ أبى مُوسَى. ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ، ويَقِفَ على إجازَةِ الوَلِىِّ. وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ. وهو مَبْنِىٌّ على تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ، وسَنَذْكُرُه، إنْ شاءَ اللهُ تعالى. وكذلك الحُكْمُ فى تَصَرُّفِ السَّفِيهِ بإذْنِ وَلِيِّه، فيه رِوايَتان؛ إحْدَاهما، يَصِحُّ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فمَلَكَه بالإِذْنِ، كالنِّكاحِ، وقِياسًا على الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ الحَجْرَ على الصَّبِىِّ أعْلَى مِن الحَجْرِ عليه، فهٰهُنا أوْلَى بالصِّحَّةِ، ولأنَّنا لو مَنَعْنا تَصَرُّفَه بالإِذْنِ، لم يَكُنْ لنا طَرِيقٌ إلى مَعْرِفَةِ رُشْدِه واخْتِبارِه.

الإنصاف

تصَرُّفُهما إلَّا فى الشَّىءِ اليَسِيرِ. وأطْلَقَهما فى «المُغْنِى»، و«الشَّرْحِ». وأطْلَقَ وَجْهَيْن فى «الكافِى»، و«التَّلْخيصِ». وأطْلَقَهما فى السَّفِيهِ، فى بابِ الحَجْرِ، فى «الهِدايَةِ»، و«المُذْهَبِ»، و«الخُلاصَةِ»، و«الكافِى».

تنبيه: يُسْتَثْنَى مِن محَلِّ الخِلافِ، عَدَمُ وَقْفِ تصَرُّفِ السَّفِيهِ. قال فى «الفُروعِ»: والسَّفِيهُ مِثْلُ المُمَيِّزِ إلَّا فى عدَمِ وَقْفِه. يعْنِى، أنَّ لنا رِوايَةً فى المُمَيِّزِ بصِحَّةِ تَصَرُّفِه، ووُقوفِه على إجازَةِ الوَلِىِّ، بخِلافِ السَّفِيهِ. ويُسْتَثْنَى أيضًا مِنَ الخِلافِ فى المُمَيِّزِ والمُراهِقِ، تصَرُّفُه للاخْتِبارِ، فإنَّه يصِحُّ، قوْلًا واحدًا. جزَم به فى «الفُروعِ»، و«الرِّعايَةِ»، وغيرِهما. قلتُ: ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ، إجْراءُ الخِلافِ فيه.

الشرح الكبير

والثانيَةُ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليه لتَبْذِيرِه وسُوءِ تَصَرُّفِه ، فإذا أذِنَ له ، فقد أذِنَ فيما لا مَصْلَحَةَ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أذِنَ له فى بَيْعِ ما يُساوِى عَشْرَةً بخَمْسَةٍ . وللشافعيِّ وَجْهان كهاتين . ويَصِحُّ تَصَرُّفُه فى الشيءِ اليَسِيرِ ، كالصَّبِىِّ .

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، عدَمُ صِحَّةِ تصَرُّفِ غيرِ المُمَيِّزِ مُطْلَقًا . أمَّا فى الكَثِيرِ ، فلا يصِحُّ ، قوْلًا واحدًا ، ولو أُذِنَ فيه الوَلِىُّ . وأمَّا اليَسيرُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ تصَرُّفِه . وهو الصَّوابُ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيلَ : لا يصِحُّ . وجزَم به فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

فائدة : يصِحُّ تصَرُّفُ العَبْدِ والأمَةِ بغيرِ إذْنِ السَّيِّدِ ، فيما يصِحُّ فيه تصَرُّفُ الصَّغيرِ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه . قالَه الأصحابُ .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّ تصَرُّفَ الصَّبِىِّ والسَّفيهِ ، لايصِحُّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّهما ، إلَّا فى الشَّىءِ اليَسِيرِ ، كما قال المُصَنِّفُ . وهو صحيحٌ فى الجُمْلَةِ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأكثرُ . ونقَل حَنْبَلٌ ، إنْ تزَوَّجَ الصَّغِيرُ ، فبلَغ أباه ، فأجازَه ، جازَ . قال جماعةٌ : ولو أجازَه هو بعدَ رُشْدِه ، لم يَجُزْ . ونقَل أبو طالِبٍ ، وأبو الحارِثِ ، وابنُ مُشَيْشٍ ، صِحَّةَ عِتْقِه إذا عقَلَه . وكذا قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : يصِحُّ عِتْقُه ، وأنَّ أحمدَ قالَه . (1 وقدَّم فى « التَّبْصِرَةِ » صِحَّةَ عِتْقِ المُمَيِّزِ 1) . وذكَر فى « المُبْهِجِ » ، و « التَّرْغِيبِ » ، فى صِحَّةِ عِتْقِ المَحْجُورِ عليه ، وابنِ عَشْرٍ ، وابنَةِ تِسْعٍ ، رِوايتَيْن . وقال فى « المُوجَزِ » : فى صِحَّةِ عِتْقِ المُمَيِّزِ رِوايَتان .

(1 - 1) زيادة من : ش .

الإنصاف

وقال فى « الانْتِصارِ » ، و « الهِدَايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « الخُلاصَةِ » ، والمُصَنِّفُ فى هذا الكتابِ فى بابِ الحَجْرِ ، وغيرُهم : فى صحَّةِ عِتْقِ السَّفِيهِ رِوايَتان . ويأْتِى بعضُ ذلك فى أوَّلِ كتابِ العِتْقِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الصَّحيحُ عن أحمدَ ، عدَمُ صحَّةِ عقُودِه ، وأنَّ شيْخَه القاضى قال : الصَّحيحُ عندِى ، فى عقُودِه كلِّها رِوايَتان . وقدَّم فى « التَّبْصِرَةِ » صِحَّةَ عِتْقِ مُمَيِّزٍ وسَفِيهٍ ومُفْلِسٍ . ونقَل حَنْبَلٌ ، إذا بلَغَ عشْرًا ، تزَوَّج ، وَزوَّج ، وطَلَّق . وفى طريقَةِ بعضِ أصحابِنا ، فى صحَّةِ تصَرُّفِ مُمَيِّزٍ ونُفوذِه ، بلا إذْنِ وَلِىٍّ ، وإبْرائِه وإعْتاقِه وطَلاقِه ، رِوايَتان . انتهى . وشِراءُ السَّفِيهِ فى ذِمَّتِه واقْتِراضُه ، لا يصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يصِحُّ . ويأْتِى أحْكامُ السَّفِيهِ فى بابِ الحَجْرِ . وأمَّا الصَّبِىُّ ، فله أحْكامٌ كثِيرَةٌ مُتفرِّقَةٌ فى الفِقْهِ ، ذُكِرَ أكثرُها فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، ويأْتِى بعضُها فى كلامِ المُصَنِّفِ فى وَصِيَّتِه ، وتَزْوِيجِه ، وطَلاقِه ، وظِهارِه ، وإيلائِه ، [٤٦/٢ظ] وإسْلامِه ، ورِدَّتِه ، وشَهادَتِه ، وإقْرارِه ، وغيرِ ذلك . وفى قَبُولِ المُمَيِّزِ والسَّفِيهِ ، وكذا العَبْدُ ، هِبَةً ووَصِيَّةً بدُونِ إذْنٍ ، ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ ثالِثُها ، يصِحُّ مِنَ العَبْدِ دُونَ غيرِه . نصَّ عليه . قالَه فى « الفُروعِ » . وذكَر فى « المُغْنِى » ، أنَّه يصِحُّ قَبُولُ المُمَيِّزِ ، وكذا قبْضُه ، واخْتارَه أيضًا الشَّارِحُ ، والحَارِثِىُّ . وفيه احْتِمالٌ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، فى السَّفِيهِ والمُمَيِّزِ . وأطْلَقهما فى « الفائقِ » ، فى المُمَيِّزِ[(١)] . قلتُ : الصَّوابُ الصِّحَّةُ فى الجميعِ ، ويُقْبَلُ مِن مُمَيِّزٍ . قال أبو الفَرَجِ : ودُونَه هَدِيَّةٌ أرْسَلَ بها ، وإذْنُه فى دُخولِ الدَّارِ ونحوِها . وفى « جامِعِ القاضى » ، ومِن فاسِقٍ وكافِرٍ . وذكَرَه القُرْطُبِىُّ إجْماعًا . وقال القاضى فى مَوْضِعٍ : يَقْبَلُه منه إنْ ظَنَّ صِدْقَه بقَرِينَةٍ ، وإلَّا فلا . قال فى « الفُروعِ » : وهذا مُتَّجِهٌ .

---

(١) فى الأصل ، ا : « الصغير » .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّالِثُ ، أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ مَالًا ؛ وَهُوَ مَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ مُبَاحَةٌ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، فَيَجُوزُ بَيْعُ الْبَغْلِ ، وَالْحِمَارِ ، وَدُودِ الْقَزِّ وَبَزْرِهِ ، وَالنَّحْلِ مُنْفَرِدًا ، وَفِى كُوَارَاتِهِ .

الشرح الكبير

(**فصل** : الثّالِثُ ، أن يَكونَ المَبِيعُ مَالًا ؛ وهو ما فيه مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ لغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، فيَجُوزُ بَيْعُ البَغْلِ ، والحِمارِ ، ودُودِ القَزِّ و [٢٢٣/٣ظ] بَزْرِه ، والنَّحْلِ مُنْفرِدًا ، وفى كُواراتِه[1]) قَوْلُه : لغيرِ ضَرُورَةٍ . احْتِرازٌ مِن المَيْتَةِ ، والمُحَرَّماتِ التى تُباحُ فى حالِ المَخْمَصَةِ ، والخَمْرُ يُباحُ دَفْعُ اللُّقْمَةِ بها ، فكُلُّ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ يَجُوزُ اقْتِناؤُها والانْتِفاعُ بها فى غيرِ حالِ

الإنصاف

تنبيه : قوله : الثّالِثُ ، أنْ يكونَ المَبِيعُ مالًا ، وهو ما فيه مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ لغَيرِ ضَرُورَةٍ . فتَقْيِيدُه بما فيه مَنْفَعةٌ ، احْتِرازٌ عن ما لا مَنْفَعَةَ فيه ، كالحَشَراتِ ونحوِها . وتَقْيِيدُه المَنْفَعَةَ بالإِباحَةِ ، احْتِرازٌ عن ما فيه مَنْفَعَةٌ غيرُ مُباحَةٍ ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ونحوِهما . وتَقْيِيدُه بالإِباحَةِ لغيرِ ضَرُورَةٍ ، احْتِرازٌ عن ما فيه مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ للضَّرُورَةِ ، كالكَلْبِ ونحوِه . قالَه ابنُ مُنَجَّى ، وقال : فلو قال المُصَنِّفُ : لغيرِ حاجَةٍ . لَكانَ أوْلَى ؛ لأَنَّ اقْتِناءَ الكَلْبِ يُحْتاجُ إليه ولا يُضْطَرُّ إليه ، فمرادُه بالضَّرُورَةِ ، الحاجَةُ . وقال الشَّارِحُ : وقوْلُه : لغيرِ ضَرُورَةٍ . احْتِرازٌ مِنَ المَيْتَةِ والمُحَرَّماتِ التى تُباحُ فى حالِ المَخْمَصَةِ ، والخَمْرِ التى تُباحُ لدَفْعِ اللُّقْمَةِ بها[2] . انتهى . قلتُ : وهو

---

(١) كُوارة النحل ؛ بالضم والتخفيف ، والتثقيل لغة : عسلها فى الشمع ، وقيل : بيتها إذا كان فيه العسل . وقيل : هو الخلية . وكسر الكاف مع التخفيف لغة .

(٢) فى حاشية ط : « هذا الذى نقل عن الشارح حسن ، لكن يفوت المصنف ما إذا كان مباح النفع لحاجة وليست إباحته لضرورة ، فإن أريد بالضرورة الحاجة ، كما قال ابن منجى ، فهو أحسن ؛ لشموله المباح للحاجة وللضرورة بطريق الأولى » .

الشرح الكبير

الضَّرُورَةِ ، يَجُوزُ بَيْعُها ، إلَّا ما اسْتَثْناهُ الشَّرْعُ ، كالكَلْبِ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، والوقفِ ؛ لأنَّ المِلْكَ سَبَبُ إطْلاقِ التَّصرُّفِ . والمَنْفَعَةُ المُباحَةُ يُباحُ له اسْتِيفاؤُها[1] ، فجاز له أخْذُ عِوَضِها ، وأُبِيحَ لغَيْرِه بَذْلُ مالِه فيها تَوَصُّلًا إليها ، ودَفْعًا لحاجَتِه بها ، كسائِرِ ما أُبِيحَ نَفْعُه ، وسَواءٌ فى ذلك ما كان طاهِرًا ؛ كالثِّيابِ ، والعَقارِ ، وبَهِيمَةِ الأنْعامِ ، والخَيْلِ ، والصَّيُودِ[2] ، أو مُخْتَلَفًا فى نَجاسَتِه ؛ كالبَغْلِ ، والحِمارِ . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا . ويَجُوزُ بَيْعُ الجَحْشِ الصَّغِيرِ ، والفَهْدِ الصَّغِيرِ ، وفَرْخِ البازِى إذا قُلْنا بجَوازِ بَيْعِها ؛ لأنَّه يُنْتَفَعُ به فى المالِ ، فأشْبَهَ طِفْلَ العَبِيدِ .

الإنصاف

أقْعَدُ مِن كَلامِ ابنِ مُنَجَّى ، وهو مُرادُ المُصَنِّفِ .

تنبيه : دخل فى كلامِ المُصَنِّف صحَّةُ بَيعِ مُجازٍ فى مِلْكِ غيرِه ، ومُعَيَّنٍ مِن حائطٍ يَجْعَلُه بابًا ، ومِن أرْضِه يَصْنَعُه بِئْرًا ، أو بالُوعَةً ، وعَلْوِ بَيْتٍ مُعَيَّنٍ لِيَبْنِيَ عليه بِناءً مَوْصُوفًا ، ولو لم يكُنِ البَيتُ مَبْنِيًّا ، على أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، و « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وقيل : لا يصِحُّ إذا لم يكُنْ مَبْنِيًّا . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ فى بابِ الصُّلْحِ .

قوله : فيَجوزُ بَيْعُ البَغْلِ والحِمارِ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . وحكَاه فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » إجْماعًا . وقال الأَزَجِىُّ فى « النِّهايَةِ » :

---

(1) فى م : « استبقاؤها » .

(2) الماهر فى الصيد . يقال : كلب صيود ، وصقر صيود .

الشرح الكبير

فصل : ويَجوزُ بَيْعُ دُودِ القَزِّ وبَزْرِه[1] . وقال أبو حنيفةَ : إن كان مع دُودِ القَزِّ قَزٌّ ، جاز بَيْعُه ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه لا يُنْتَفَعُ بعَيْنِه ، فهو كالحَشَراتِ . وقِيلَ : لا يَجُوزُ بَيْعُ بَزْرِه[1] . ولَنا ، أنّه حَيَوانٌ طاهِرٌ ، يَجُوزُ اقْتِناؤُه لتَمَلُّكِ ما يَخْرُجُ منه ، أشْبَهَ البَهائِمَ ، ولأنَّ الدُّودَ وبَزْرَه طاهِرٌ ، مُنْتَفَعٌ به ، فجاز بَيْعُه ، كالثَّوْبِ . وقولُه : لا يُنْتَفَعُ بعَيْنِه . يَبْطُلُ بالبَهائِمِ التى لا يَحْصُلُ منها نَفْعٌ سِوَى النِّتاجِ ، ويُفارِقُ الحَشَراتِ التى لا نَفْعَ فيها أصْلًا ، فإنَّ نَفْعَ هذه كَثِيرٌ ؛ لأنَّ الحَرِيرَ الذى هو أشْرَفُ الملابِسِ إنَّما يَحْصُلُ منها .

الإنصاف

القِياسُ أنَّه لا يجوزُ بَيْعُهما ، إنْ قُلْنا بنَجاسَتِهما . وخرَّجه ابنُ عَقِيلٍ قوْلًا .

قوله : ودُودِ القَزِّ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِ دُودِ القَزِّ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وجزَم به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وقال أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » : لا يجوزُ بَيْعُه .

قوله : وبَزْرِه . يعْنِى ، إذا لم يَدِبَّ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وفيه وَجْهٌ ، لا يجوزُ

---

(1) فى م : « بذره » .

قال فى المصباح : وقولهم لبعض الدود : بزر القز . مجاز على التشبيه ببزر البقل ، لأنه ينبت كالبقل . المصباح المنير (ب ز ر) .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ إذا شاهَدَها مَحْبُوسَةً ، بحيث لا يُمْكِنُها أن تَمْتَنِعَ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجُوزُ بَيْعُها مُنْفَرِدَةً ؛ لِما[1] ذَكَر فى دُودِ القَزِّ . ولَنا ، أنَّه حَيَوانٌ طاهِرٌ ، يَخْرُجُ مِن بَطْنِه شَرابٌ فيه مَنافِعُ للنّاسِ ، فجاز بَيْعُه ، كبَهِيمَةِ الأنْعامِ . واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى بَيْعِها فى كُوَاراتِها ، فقال القاضِى : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ مُشاهَدَتُها جَمِيعِها ، ولأنَّها لا تَخْلُو مِن عَسَلٍ يكونُ مَبِيعًا معها ، وهو مَجْهُولٌ . وقال أبو الخَطّابِ : يَجُوزُ بَيْعُها فى كُوَاراتِها ، ومُنْفَرِدَةً عنها ، فإنّه يُمْكِنُ مُشاهَدَتُها فى كُوَاراتِها إذا فُتِحَ رَأْسُها ، ويُعْرَفُ كَثْرَتُه مِن قِلَّتِه ، وخَفاءُ بَعْضِه لا يَمْنَعُ صِحَّةَ بَيْعِه ، كالصُّبْرَةِ ، وكما لو كان فى وِعاءٍ ، فإنّ بَعْضَه يكونُ على بَعْضٍ ، فلا يُشاهَدُ إلَّا ظاهِرُه ، والعَسَلُ يَدْخُلُ فى البَيْعِ تَبَعًا ، فلا تَضُرُّ جَهالَتُه ، كأَساساتِ

الإنصاف

بَيْعُه ما لم يَدِبَّ . وجزَم به فى « عُيونِ المَسائِلِ » . واخْتارَه القاضى . [٤٧/٢و] وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

فائدة : إذا دَبَّ بَزْرُ القَزِّ ، فهو مِن دُودِ القَزِّ ، حُكْمُه حُكْمُه ، كما تقدَّم .

قوله : والنَّحْلِ مُنْفَرِدًا ، وفى كُوَّاراتِه . يجوزُ بَيْعُ النَّحْلِ مُنْفَرِدًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وصحَّحَه فى « الفُروعِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لا يَصِحُّ .

---

(١) فى م : « كما » .

الشرح الكبير

الحِيطانِ . فإن لم يُمْكِنْ مُشاهَدَتُه ؛ لكَوْنِه مَسْتُورًا بأقْراصِه ، ولم يُعْرَفْ ، لم يَجُزْ بَيْعُه لجَهالَتِه .

الإنصاف

قوله : وفى كُوَاراتِه . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يجوزُ بَيْعُ النَّحْلِ مع كُواراتِه . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وصحَّحَه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لا يصِحُّ . قال القاضى : لا يصِحُّ بَيْعُها فى كُوارَاتِها . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . فعلى المذهبِ فيها ، يُشْتَرَطُ أنْ يُشاهَدَ داخِلًا إليها ، عندَ الأكْثَرِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يُشْتَرَطُ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . قال فى « الكُبْرى » ، بعدَ أنْ قدَّم هذا فى بَيْعِه مُنْفَرِدًا : وقيل : إذا رأياه فيها ، وعَلِما قدْرَه ، وأمْكَنَ أخْذُه . وقيل : إنْ رأياه يدْخُلُها ، وإلَّا فلا .

فائدة : قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وجماعةٌ : لا يصِحُّ بَيْعُ الكُوَارَةِ بما فيها مِن عسَلٍ ونَحْلٍ . واقْتَصرَ عليه فى « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ بعضِهم صِحَّةُ ذلك . انتهى . قلتُ : اخْتارَه فى « الرِّعايتَيْنِ » . وأمَّا إذا كان مَسْتُورًا بأقْراصِه ، فإنَّه لا يجوزُ بَيْعُه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، وغيرِهم .

فائدتان ؛ إحداهما ، ذكَر الخِرَقِىُّ ، أنَّ التِّرْياقَ لا يُؤْكَلُ ؛ لأنَّ فيه لحُومَ الحَيَّاتِ . فعلى هذا ، لا يجوزُ بَيْعُه ؛ لأنَّ نفْعَه إنَّما يحْصُلُ بالأكْلِ ، وهو مُحَرَّمٌ ، فخَلا مِن نَفْعٍ مُباحٍ . ولا يجوزُ التَّداوِى به ، ولا بِسُمِّ الأفاعِى . فأمَّا السُّمُّ مِنَ الحَشَائشِ والنَّباتِ ، فإنْ كان لا يُنْتَفَعُ به ، أو كان يقْتُلُ قَلِيلُه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لعدَمِ

المقنع وَيَجُوزُ [٩١و] بَيْعُ الْهِرِّ ، وَالْفِيلِ ،.........................

الشرح الكبير

فصل : وفى بَيْعِ العَلَقِ[1] التى يُنْتَفَعُ بها ، كالتِى تُعَلَّقُ على صاحِبِ الكَلَفِ[2] ، فَتَمُصُّ الدَّمَ ، والدِّيدانِ التى تُتْرَكُ فى الشِّصِّ ، فيُصادُ بها السَّمَكُ ، وَجْهان ؛ أَصَحُّهما جَوازُ بَيْعِها ؛ لحُصُولِ نَفْعِها ، فهى كالسَّمَكِ . والثّانِى ، لا يَجُوزُ بَيْعُها ؛ لأَنَّها لا يُنْتَفَعُ بها إلَّا نادِرًا ، فأَشْبَهَتْ ما لا نَفْعَ فيه .

١٥٥١ – مسألة : (ويَجُوزُ بَيْعُ الهِرِّ ، والفِيلِ ، [٢٢٤/٣و]

الإنصاف

نَفْعِه ، وإنِ انْتُفِعَ به ، وأَمْكَنَ التَّداوِى بيَسِيرِه ، كالسَّقَمُونْيَا[3] ونحوِها ، جازَ بَيْعُه . الثّانيةُ ، يصِحُّ بَيْعُ عَلَقٍ لمَصِّ دَمٍ ، ودِيدَانٍ تُتْرَكُ فى الشِّصِّ لصَيْدِ السَّمَكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : لا يصِحُّ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

قوله : ويجوزُ بَيْعُ الهِرِّ ، والفِيلِ ، وسِباعِ البَهائِمِ التى تصْلُحُ للصَّيْدِ – وكذا سِباعُ الطَّيْرِ – فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » : الأصحُّ جَوازُ بَيْعِ ما يصْلُحُ

(١) العلق : دويدة حمراء تكون فى الماء ، تعلق بالبدن .

(٢) الكلف : لون يعلو الجلد ، فيغير بشرته .

(٣) نبات يستخرج من جذوره صمغ مسهل . جامع مفردات الأدوية ٣/ ١٧ ، ١٨ .

المقنع

وَسِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِى تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، إِلَّا الْكَلْبَ . اخْتَارَهَا الْخِرَقِىُّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَجُوزُ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ .

الشرح الكبير

وسِباعِ البَهائِمِ التى تَصْلُحُ للصَّيْدِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، إلَّا الكَلْبَ . اخْتارَها الخِرَقِىُّ . والأُخْرَى ، لا يَجُوزُ . اخْتارَها أبو بَكْرٍ) يَجُوزُ بَيْعُ الهِرِّ . وبه قال ابنُ عباسٍ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، والحَكَمُ، وحَمّادٌ، والثَّوْرِىُّ، ومالِكٌ، والشافعىُّ، وإسْحاقُ، وأصْحابُ الرَّأْىِ. وعن أحمدَ ، أنَّه كَرِه ثَمَنَها. ورُوِىَ ذلك عن أبى هُرَيْرَةَ، وطاوُسٍ ، ومُجاهِدٍ ، وجابرِ ابن زيدٍ. اخْتارَه أبو بكرٍ؛ لِما روَى مُسْلِمٌ[1] عن جابرٍ، أنَّه سُئِلَ عن ثَمَنِ السِّنَّوْرِ، فقال: زَجَر النبىُّ ﷺ عن ذلك . وفى لَفْظٍ ، أنَّ النبىَّ

الإنصاف

للصَّيْدِ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، وغيرُهم . والأُخْرَى ، لا يجوزُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسى ، واختارَه صاحبُ « الهَدْىِ » ، و « الفائقِ » فى الهِرِّ . قال فى « القَواعدِ الفِقْهِيَّةِ » : لا يجوزُ بَيْعُ الهِرِّ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وكذا « الفائقِ » فى غيرِ الهِرِّ . وقيل : يجوزُ فيما قيلَ بطَهارَتِه منها . وقيل : يجوزُ بَيْعُ المُعَلَّمِ منها دُونَ غيرِه . ويَحْتَمِلُه

---

(١) فى : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٩ .

الشرح الكبير

ﷺ نَهى عن ثَمَنِ السِّنَّوْرِ . رَواه أبو داودَ[1] . ولَنا ، أنَّه حَيَوانٌ يُباحُ اقْتِناؤُه مِن غيرِ وعِيدٍ فى حَبْسِه ، فجازَ بَيْعُه ، كالبَغْلِ والحِمارِ ، ويُمْكِنُ حَمْلُ الحَدِيثِ على غيرِ المَمْلُوكِ منها ، وعلى ما لا نَفْعَ فيه منها ، بدَلِيلِ ما ذَكَرْنا .

فصل : ويَجُوزُ بَيْعُ الفِيلِ ، وسِباعِ البَهائِمِ ، والطَّيْرِ الذى يَصْلُحُ للصَّيْدِ ؛ كالفَهْدِ والصَّقْرِ والبازِى والعُقابِ ، والطَّيْرِ المَقْصُودِ صَوْتُه ؛ كالهَزارِ[2] والبُلْبُلِ والببغَةِ ، وأَشْباهِ ذلك . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ ، وابنُ أبى موسى : لا يَجُوزُ بَيْعُ الفَهْدِ والصَّقْرِ والفِيلِ ونحوِها ؛ لأنَّها نَجِسَةٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُها ، كالكَلْبِ . ولَنا ، أنَّه حَيَوانٌ يُباحُ

الإنصاف

كلامُ المُصَنِّفِ هنا . لكِنَّ الأَوْلَى أنَّه أرادَ ما يصْلُحُ أن يَقْبَلَ التَّعْليمَ ، وهو محَلُّ الخِلافِ . فعلى المذهبِ ، فى جَوازِ بَيْعِ فِراخِه وبَيْضِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » فى البَيْضِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ فيهما إذا كان البَيْضُ يُنْتَفعُ به ، بأنْ يصِيرَ فَرْخًا . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « ابنِ رَزِينٍ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : إنْ قَبِلَ التَّعْليمَ ، جازَ على الأَشْهَرِ ، كالجَحْشِ الصَّغِيرِ . وقيل : لا يجوزُ بَيْعُهما . وقال القاضى : لا يجوزُ بَيْعُ البَيْضِ ؛ لنَجاسَتِه . ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ .

---

(1) فى : باب فى ثمن السنور ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٠ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية ثمن الكلب والسنور ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

(2) الهزار : طائر حسن الصوت ، يقال له : هزار دستان . (فارسى معرب) .

الشرح الكبير

اقْتِناؤُه مِن غيرِ وعيدٍ فى حَبْسِه ، فأُبِيحَ بَيْعُه ، كالبَغْلِ والحمارِ . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بالبَغْلِ والحمارِ ، وحُكْمُهما حُكْمُ سِباعِ البَهائِمِ فى الطَّهارَةِ والنَّجاسَةِ وإباحَةِ الاقْتِناءِ والانْتِفاعِ . وأمَّا الكَلْبُ ، فإنَّ الشَّرْعَ تَوَعَّدَ على اقْتِنائِه وحَرَّمَهُ ، إلَّا فى حالِ الحاجَةِ ، فَصارَتْ إباحَتُه ثابِتَةً بطَرِيقِ الضَّرُورَةِ ، ولأنَّ الأَصْلَ إباحَةُ البَيْعِ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . خرجَ[2] منه ما اسْتَثْناهُ الشَّرْعُ لمعانٍ غيرِ مَوْجُودَةٍ فى هذا ،

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : التى تصْلُحُ للصَّيْدِ . عائدٌ إلى سِباعِ البَهائمِ فقط . وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وتَعْليلُهم يدُلُّ عليه ، لا إلى الهِرِّ والفِيلِ . وقال فى « الفُروعِ » : وفى بَيْعِ هِرٍّ وما يُعلِّمُ الصَّيْدَ ، أو يَقْبَلُ التعْليمَ ، كفِيلٍ ، وفَهْدٍ ، وبازٍ ، إلى آخرِه رِوايَتان[3] . وقال بعدَ ذلك : فإنْ لم يقْبَلِ الفِيلُ والفَهْدُ التَّعْليمَ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ، كأَسَدٍ ، وذِئْبٍ ، ودُبٍّ ، وغُرابٍ . فلَعَلَّه أرادَ أنَّ تعْليمَ كلِّ شيءٍ بحَسَبِه ، فتَعْليمُ الفِيلِ للرُّكُوبِ ، والحَمْلِ عليه ، ونحوِهما ، وتَعْليمُ غيرِه للصَّيْدِ ، لا أنَّه أرادَ تَعْلِيمَ الفيلِ للصَّيْدِ ، فإنَّ هذا لم يُعْهَدْ ، ولم يذْكُرْه الأصحابُ فيما يُصادُ به ، على ما يأْتِى ، ولِشَيْخِنا عليه كلامٌ فى « حَواشِى الفُروعِ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، فى جَوازِ بَيْعِ ما يُصادُ عليه ، كالبُومَةِ التى يجْعَلُها شباشًا لِتَجْتَمِعَ الطَّيْرُ إليها فيَصيدَه الصَّيَّادُ ، وَجْهان . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وأطْلَقَهما فى

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) فى م : « حرم » .

(٣) سقط من النسخ . وانظر : الفروع ٤/ ١٠ .

الشرح الكبير

فَيَبْقَى على أصْلِ الإباحَةِ . فإن كان الفَهْدُ والصَّقْرُ ونحوُهما ليس بمُعَلَّمٍ ، ولا يَقْبَلُ التَّعْلِيمَ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لعَدَمِ النَّفْعِ به . وإن أمْكَنَ تَعْلِيمُه ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّ مآلَه إلى الانْتِفاعِ ، أشْبَهَ الجَحْشَ الصَّغِيرَ . فأمّا ما يُصادُ عليه ، كالبُومَةِ التى يَجْعَلُها[1] شُباشًا[2] ؛ لتَجْمَعَ الطَّيْرَ إليها ، فَيَصِيدَه الصَّيّادُ ، فَيَحْتَمِلُ جوازُ بَيْعِها للنَّفْعِ الحاصِلِ منها ، ويَحْتَمِلُ المَنْعُ ؛ لأنَّ ذلك مَكْرُوهٌ لِما فيه مِن تَعْذِيبِ الحَيَوانِ . وكذلك اللَّقْلَقُ[3] ونحوُه .

الإنصاف

« الفُروعِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وكذا حُكْمُ اللَّقْلَقِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ مع الكراهَةِ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وكذا قدَّم الجَوازَ فى اللَّقْلَقِ . والثَّانى ، لا يجوزُ . صَحَّحه النَّاظِمُ ، وصحَّحَه أيضًا فى اللَّقْلَقِ . الثَّانيةُ ، بَيْعُ القِرْدِ ، إنْ كان لأجْلِ اللَّعِبِ به ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : يصِحُّ معَ الكراهَةِ . قدَّمه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وقد أطْلَقَ الإمامُ أحمدُ رَحِمَه اللهُ كراهَةَ بَيْعِ القِرْدِ . وإنْ كان لأجْلِ حِفْظِ المَتاعِ ونحوِه ، فقيل : يصِحُّ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وتقدَّم نصُّ أحمدَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وعُموماتُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ تَقْتَضِى

---

(1) فى م : « يجعل عليها » .

(2) قال الخفاجى فى شفاء الغليل ١٣٩ : شباش : هو أن يوضع الطائر فى الشرك ليصاد به طائر آخر ، قاله الباخرزى فى الدمية ، ولم يبيّن أصله ولغته بأكثر من هذا .

وقال الجاحظ : البومة ذليلة بالنهار ردية النظر ، وإذا كان الليل لم يقو عليها شىء من الطير ، والطير كلها تعرف البومة بذلك ، فهى تطير حول البومة وتضربها وتنتف ريشها ، ومن أجل ذلك صار الصيادون ينصبونها للطير . الحيوان ٢/ ٥٠ .

(3) اللقلق : طائر من الطيور القواطع ، كبير ، طويل الساقين والعنق والمنقار ، أحمر الساقين والرجلين والمنقار .

الشرح الكبير

فصل : فأمَّا بَيْضُ ما لا يُؤْكَلُ لَحْمُه مِن الطَّيْرِ ، فإنْ لم يَكُنْ فيه نَفْعٌ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ، طاهِرًا كان أو نَجِسًا . وإن كان يُنْتَفَعُ به ، بأن يَصِيرَ فَرْخًا ، وكان طاهِرًا ، جازَ بَيْعُه ؛ لأنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به ، أشْبَهَ أصْلَه ، وإن كان نَجِسًا ، كبَيْضِ البازِىِّ والصَّقْرِ ونَحوِه ، فحُكْمُه حُكْمُ فَرْخِه . وقال القاضِى : لا يَجُوزُ بَيْعُه ؛ [٣/٢٢٤ظ] لنَجاسَتِه ، وكَوْنِه لا يُنْتَفَعُ به فى الحالِ . وما ذَكَرَ مُلْغًى بفَرْخِه ، وبالجَحْشِ الصَّغِيرِ .

فصل : قال أحمدُ : أكْرَهُ بيعَ القِرْدِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا مَحْمُولٌ على بَيْعِه للإِطافَةِ به واللَّعِبِ . فأمَّا بَيْعُه لمَنْ يَنْتَفِعُ به لحِفْظِ المَتاعِ والدُّكَّانِ ونحوِه ، فيَجُوزُ ؛ لأنَّه كالصَّقْرِ . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وقِياسُ قَوْلِ أبى بَكْرٍ وابنِ أبى مُوسَى المَنْعُ مِن بَيْعِه مُطْلَقًا .

الإنصاف

ذلك . وقيل : لا يصِحُّ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هو قِياسُ [٢/٤٨و] قوْلِ أبى بَكْرٍ ، وابنِ أبى مُوسى . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و« الفائقِ » . وظاهِرُ « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، الإطْلاقُ . وقال فى « آدَابِ الرِّعايتَيْن » : يُكْرَهُ اقْتِناءُ قِرْدٍ لأجْلِ اللَّهْوِ واللَّعِبِ . وقيلَ : مُطْلَقًا . قلتُ : الصَّوابُ التَّحْريمُ باللَّعِبِ .

الثَّالثةُ ، يصِحُّ بَيْعُ طَيْرٍ لأجْلِ صَوْتِه ، كالهَزارِ ، والبُلْبُلِ ، والبَبْغاءِ . ذكَرَه جماعةٌ ؛ منهم صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يجوزُ بَيْعُه إنْ جازَ حَبْسُه . وفى جَوازِ حَبْسِه احْتِمالان . ذكَرَهما ابنُ عَقِيلٍ . وقال فى « المُوجَزِ » : لا يصِحُّ إجارَةُ

المقنع

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ الْمُرْتَدِّ وَالْمَرِيضِ . وَفِى بَيْعِ الْجَانِى وَالْقَاتِلِ فِى الْمُحَارَبَةِ ، وَلَبَنِ الْآدَمِيَّاتِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

١٥٥٢ – مسألة : (ويَجُوزُ بَيْعُ العَبْدِ المُرْتَدِّ والمَرِيضِ . وفى بَيْعِ الجانِى والقاتِلِ فى المُحارَبَةِ ، ولَبَنِ الآدَمِيّاتِ وَجْهانِ) حُكْمُ بَيْعِ المُرْتَدِّ حُكْمُ القاتِلِ ؛ فى صِحَّةِ بَيْعِه ، وسائِرِ أحْكَامِهِ . وبَيْعُه جائِزٌ ؛ لأَنَّ قَتْلَه غيرُ مُتَحَتِّمٍ ؛ لاحْتِمالِ رُجُوعِه إلى الإسْلامِ ، ولأَنَّه مَمْلُوكٌ مُنْتَفَعٌ به ، وخَشْيَةُ هَلاكِه لا تَمْنَعُ صِحَّةَ بَيْعِه ، كالمَرِيضِ ، فإنّا لا نَعْلَمُ خِلافًا فى صِحَّةِ بَيْعِ المَرِيضِ .

فصل : ويَصِحُّ بَيْعُ العَبْدِ الجانِى ، فى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ، سَواءٌ كانت

الإنصاف

ما قُصِدَ صوْتُه ، كدِيكٍ ، وقُمْرِىٍّ . قال فى « التَّبْصِرَةِ » : لا يصِحُّ إجارَةُ ما لا يُنْتفَعُ به ، كغَنَمٍ ، ودَجاجٍ ، وقُمْرِىٍّ ، وبُلْبُلٍ . وقال فى « الفُنونِ » : يُكْرَهُ .

قوله : ويجوزُ بَيْعُ العَبْدِ المُرْتَدِّ والمَرِيضِ . أمَّا المُرْتَدُّ ، فيَجُوزُ بَيْعُه ، بلا نِزاعٍ ، ونصَّ عليه ، إلَّا أنَّ صاحِبَ « الرِّعايَةِ » قال : يجوزُ بَيْعُه مع جَوازِ اسْتِتابَتِه ، وإلَّا فلا .

فائدة : لو جَهِلَ المُشْتَرِى أنَّه مُرْتَدٌّ ، فله الأَرْشُ ، سواءٌ قُتِلَ أَوْ لا . وفيه احْتِمالٌ أنَّ له الثَّمَنَ كلَّه . وأمَّا المريضُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِه مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ . وقيلَ : إنْ كان مأْيُوسًا ، لم يَجُزْ بَيْعُه ، وإلَّا جازَ .

قوله : وفى بَيْعِ الجَانِى ، والقاتِلِ فى المُحارَبَةِ ، ولَبَنِ الآدَمِيَّاتِ ، وَجْهَان . أمَّا بَيْعُ الجانِى ، فأَطْلَقَ فى صحَّةِ بَيْعِه وَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ،

الشرح الكبير

جِنَايَتُه عَمْدًا أو خَطَأً ، على النَّفْسِ أو ما دُونَها ، مُوجِبَةً للقِصَاصِ أو غيرَ مُوجِبَةٍ . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال في الآخرِ : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه تعَلَّقَ برَقَبَتِه حَقُّ آدَمِيٍّ ، فمَنَعَ صِحَّةَ بَيْعِه ، كالرَّهْنِ ، بل حَقُّ الجِنايَةِ آكَدُ ؛ لأنَّها تُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ غيرُ مُسْتَقِرٍّ في الجانِي ، يَمْلِكُ أداءَه مِن غيرِه ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ ، كالزَّكاةِ ، أو حَقٌّ ثَبَتَ بغيرِ رِضَا سَيِّدِه ، فلم يَمْنَعْ بَيْعَه ، كالدَّيْنِ في ذِمَّتِه ، أو تَصرُّفٌ في الجَانِي ، فجازَ ، كالعِتْقِ . وإنْ كان الحَقُّ قِصاصًا ، فهو يُرْجَى سَلَامَتُه

الإنصاف

و « الحاوِيَيْن » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وصحَّحَه في « التَّصْحيحِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وجزَم به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِي الكَبِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال في « القاعِدَةِ الثَّالثَةِ والخَمْسِين » : هو قوْلُ أكثرِ الأصحابِ . وقيل : لا يصِحُّ بَيْعُه . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ في « الانْتِصارِ » . قالَه في أوَّلِ « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والخَمْسِين » . فعلى المذهبِ ، سواءٌ كانتِ الجِنايَةُ عَمْدًا أو خَطَأً ، على النَّفْسِ وما دُونَها ، ثم يُنْظَرُ ، فإنْ كان البائعُ مُعْسِرًا بأَرْشِ الجِنايَةِ ، فُسِخَ البَيْعُ ، وقُدِّمَ حَقُّ المَجْنِيِّ عليه ؛ لتعَلُّقِه به ، وإنْ كان مُوسِرًا بالأَرْشِ ، لَزِمَه ، وكان البَيْعُ بحالِه ؛ لأنَّه بالخِيارِ بينَ أنْ يفْدِيَه أو يُسَلِّمَه ، فإذا باعَه فقدِ اخْتارَ فِداءَه . وأمَّا المُشْتَرِي ، إذا لم يعْلَمْ ، فله الخِيَارُ بينَ أخْذِ الأَرْشِ أو الرَّدِّ ، فإنْ عفَا عنِ الجِنايَةِ قبلَ طَلَبِها ، سَقط الرَّدُّ والأَرْشُ ، وإذا قُتِلَ ولم يَعْلَمِ المُشْتَرِي بأنَّ دَمَه

الشرح الكبير

ويُخْشَى تَلَفُه ، وذلك لا يَمْنَعُ ، كالمريضِ . أمّا الرَّهْنُ ، فإنَّ الحَقَّ مُتَعَلِّقٌ فيه ، لا يَمْلِكُ سَيِّدُه إبْدالَه ، ثَبَتَ الحَقُّ فيه بِرِضَاهُ وَثِيقَةً للدَّيْنِ ، فلو أبْطَلَه بالبَيْعِ ، سَقَطَ حَقُّ الوَثِيقَةِ الذى الْتَزَمَه بِرِضَاهُ واخْتِيارِه .

فصل : فأمَّا القَاتِلُ فى المُحارَبَةِ ، فإنْ تابَ قبلَ القُدْرَةِ عليه ، فهو كالجانِى . وإن لم يَتُبْ حتى قُدِرَ عليه ، فقال أبو الخَطّابِ : هو كالقَاتِلِ فى غيرِ مُحارَبَةٍ ؛ لأنَّه عَبْدٌ قِنٌّ يَصِحُّ إعْتاقُه ، ويَمْلِكُ اسْتِخْدامَه ، فصَحَّ بَيْعُه كغَيْرِ القاتِلِ ، ولأنَّه يُمْكِنُه الانْتِفاعُ به إلى حينِ قَتْلِه ، ويَعْتِقُه فيجُرُّ به ولاءَ أوْلادِه ، فجازَ بَيْعُه ، كالمَرِيضِ المَأْيُوسِ مِن بُرْئِه . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه تَحَتَّمَ قَتْلُه وإتْلافُه وإذْهابُ مالِيَّتِه ، وحَرُمَ إبْقاؤُه ، فَصارَ بمَنْزِلَةِ ما لا يُنْتَفَعُ به مِن الحَشَراتِ والمَيْتاتِ ، وهذه المَنْفَعَةُ

الإنصاف

مُسْتَحَقٌّ ، تعَيَّنَ الأَرْشُ لا غيرُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . ويأْتِى [٤٨/٢ظ] هذا بعَيْنِه فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخرِ خِيارِ العَيْبِ .

فائدة : السَّرِقَةُ جِنايَةٌ . ويأْتِى ، هل يجوزُ بَيْعُ المُدَبَّرِ ، والمُكاتَبِ ، وأُمِّ الوَلَدِ ؟ فى أبْوابِها . وأمَّا بَيْعُ القاتِلِ فى المُحارَبَةِ ، يعْنِى إذا تحَتَّمَ قتْلُه ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « المُغْنِى » . و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه

الشرح الكبير

اليَسِيرَةُ مُفْضِيَةٌ به إلى قَتْلِه ، لا يَتَمَهَّدُ بها مَحلًّا للبَيْعِ ، كالمَنْفَعَةِ الحاصِلَةِ مِن المَيْتَةِ لسَدِّ رَمَقٍ ، أو إطْعامِ كَلْبٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ، فإنّه كان مَحلًّا للبَيْعِ ، والأصْلُ بَقاءُ ذلك فيه ، وانْحِتامُ إتْلافِه لا يَجْعَلُه تالِفًا ؛ بدَلِيلِ أنَّ [٢٢٥/٣و] أحْكامَ الحَياةِ من التَّكْلِيفِ وغيرِه لا تَسْقُطُ عنه ، ولا تَثْبُتُ أحْكامُ المَوْتَى له ؛ مِن إرْثِ مالِه ، ونُفُوذِ وَصِيَّتِه ، وغيرِها ، ولأنَّ خُرُوجَه عن حُكْمِ الأصْلِ لا يَثْبُتُ إلَّا بدَلِيلٍ ، ولا نَصَّ فيه ولا إجْماعَ ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على الحَشَراتِ والمَيْتاتِ ؛ لأنَّ تلك لم يكُنْ فيها مَنْفَعَةٌ فيما مَضَى ، ولا فى الحالِ ، وعلى أنّ هذا التَّحَتُّمَ[1] يُمْكِنُ زَوالُه ؛ لزَوالِ ما يَثْبُتُ به ؛ مِن الرُّجُوعِ عن الإقْرارِ ، والرُّجُوعِ مِن الشُّهودِ ، ولو لم يُمْكِنْ

الإنصاف

فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . قال القاضى : إذا قدَر عليه قبلَ التَّوْبَةِ ، لم يصِحَّ بَيْعُه ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له . انتهى . ومَحَلُّ الخِلافِ ، إذا تحَتَّمَ قتْلُه ، فأمَّا إذا تابَ قبلَ القُدْرَةِ عليه ، فحُكْمُه حُكْمُ الجانِى على ما مَرَّ .

تنبيه : ألْحَقَ فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » مَن تحتَّمَ قتْلُه فى كُفْرٍ بمَن تحتَّمَ قتْلُه فى المُحارَبَةِ . وأمَّا بَيْعُ لَبَنِ الآدَمِيَّاتِ ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « تَجْرِيدِ العِنايةِ » ؛

---

(١) فى م : « المحتم » .

الشرح الكبير

زَوالُه ، فأَكْثَرُ ما فيه تَحَقُّقُ تَلَفِه ، وهٰذا يَجْعَلُه كالمَرِيضِ المَأْيُوسِ مِن بُرْئِه ، وبَيْعُه جائِزٌ .

فصل : فأمَّا بَيْعُ لَبَنِ الآدَمِيّاتِ ، فَرُوِيَتِ الكراهَةُ فيه عن أحمدَ . واخْتَلَفَ أصْحَابُنا فى جَوازِه ، (١)فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ جوازُه(١) . وهو قولُ ابنِ حامِدٍ ، ومَذْهَبُ الشّافِعِيِّ . وذَهَبَ جماعَةٌ مِن أصْحابِنَا إلى

الإنصاف

أحدُهما ، يصِحُّ مُطْلَقًا . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وصحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و« مُنْتَخَبِ الآدَمِيِّ » . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكرَتِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ مُطْلَقًا . قال المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ : ذهَب جماعةٌ مِن أصحابِنا إلى تحْريمِ بَيْعِه . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . فعليه ، لو أتْلَفَه مُتْلِفٌ ، ضَمِنَه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَضْمنَه ، كالدَّمْعِ والعَرَقِ . قالَه القاضى . نقَلَه فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » للشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ . وقيلَ : يصِحُّ مِنَ الأَمَةِ دُونَ الحُرَّةِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفائقِ » ، وأطْلَقَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، الكَراهةَ .

فائدة : لا يجوزُ بَيْعُ لَبَنِ الرَّجُلِ . ذكَرَه القاضى محَلَّ وِفاقٍ ، وتابَعه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ على ذلك . قلتُ : وفى تقْييدِ بعضِ(٢) الأَصحابِ ذلك بالآدَمِيَّاتِ إيماءٌ إلى ذلك .

فائدة : لا يصِحُّ بَيْعُ مَن نُذِرَ عِتْقُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذَهبِ . قال فى

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : ش .

المقنع

وَفِى جَوَازِ بَيْعِ الْمُصْحَفِ وَكَرَاهَةِ شِرَائِهِ وَإِبْدَالِهِ ، رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

تَحْرِيمِ بَيْعِه . وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ ؛ لأنّه مائِعٌ خارِجٌ مِن آدَمِيَّةٍ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالعَرَقِ ، ولأَنَّهُ جُزْءٌ مِن آدَمِىٍّ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، أشْبَهَ سائِرَ أجْزائِه . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأَنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به ، فجازَ بَيْعُه ، كلَبَنِ الشّاةِ ، ولأَنَّه يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه فى إجارَةِ الظِّئْرِ ، فأَشْبَهَ المنافِعَ ، ويُفارِقُ العَرَقَ ، فإنَّه لا نَفْعَ فيه ، ولذلك لا يُباعُ عَرَقُ الشَّاةِ ، ويُبَاعُ لَبَنُها . وسائِرُ أجْزاءِ الآدَمِىِّ يَجُوزُ بَيْعُها ، فإنَّه يَجُوزُ بَيْعُ العَبْدِ والأَمَةِ ، وإنّما حَرُمَ بَيْعُ الحُرِّ ؛ لأَنَّهُ غيرُ مَمْلُوكٍ ، وحَرُمَ بَيْعُ العُضْوِ المَقْطُوعِ ؛ لأَنَّه لا نَفْعَ فيه .

١٥٥٣ – مسألة : (وفى جَوازِ بَيْعِ المُصْحَفِ وكَراهَةِ شِرائِه وإبْدالِه ، رِوَايَتَانِ) قال أحمدُ : لا أَعْلَمُ فى بَيْعِ المَصاحِفِ رُخْصَةً .

الإنصاف

« الفُروعِ » : الأَشْهَرُ مَنْعُه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » . وقال القاضى ، وصاحِبُ « المُنْتَخَبِ » : فى بيْعِه نظَرٌ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » مِن عندِه ، بعدَ أنْ قدَّم عدَمَ الصِّحَّةِ : قلتُ : إنْ علَّقَه بشَرْطٍ ، صحَّ بَيْعُه قبلَه . زادَ فى « الكُبْرى » ، ويَحْتَمِلُ وُجوبُ الكَفَّارَةِ وجهَيْن . وجزَم بما اخْتارَه فى « الرِّعايَةِ » صاحِبُ « الحاوِى الصَّغيرِ » . وقال النَّاظِمُ : وقيلَ : قُبَيلَ الشَّرْطِ بِعْه .

قوله : وفى جَوازِ بَيْعِ المُصْحَفِ رِوايتان . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « تجْريدِ العِنايَةِ » ؛ إحداهما ، لا يجوزُ ، ولا

الشرح الكبير

ورَخَّصَ فى شِرائِها ، وقال : الشِّراءُ أَهْوَنُ . وممَّنْ كَرِهَ بَيْعَها ابنُ عمرَ ، وابنُ عَبّاسٍ ، وأبو مُوسَى ، وسَعِيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، وإسْحاقُ . قال ابنُ عمرَ : وَدِدْتُ أنَّ الأَيْدِىَ تُقْطَعُ فى بَيْعِها[1] . وقال أبو الخَطّابِ : يَجُوزُ بَيْعُ المُصْحَفِ ، مع الكَراهَةِ . وهى رِوَايَةٌ عن أحمدَ ؛ لأنَّه مُنْتَفَعٌ به ، فأَشْبَهَ سائِرَ كُتُبِ العِلْمِ . وهل يُكْرَهُ شِراؤُه وإبْدالُه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . ورَخَّصَ

الإنصاف

يصحُّ . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه . قال الإمامُ أحمدُ [٤٩/٢و] : لا أعْلَمُ فى بَيْعِه رُخْصَةً . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرَى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الكافِى » ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، ونصَرَه . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ بَيْعُه ، ويُكْرَهُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وهو أظْهَرُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وهو منها . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وعنه رِوايَةٌ ثالثةٌ ، يجوزُ مِن غيرِ كَراهَةٍ . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » .

فائدة : حُكْمُ إجارَتِه حُكْمُ بَيْعِه ، خِلافًا ومذهبًا ، وكذا رَهْنُه . قالَه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » وغيرُه . ويأْتِى فى آخرِ كتابِ الوَقْفِ ، جَوازُ بَيْعِه إذا تعَطَّلَتْ مَنافِعُه .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع المصاحف ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ١٦/٦ .

الشرح الكبير

فى بَيْعِها الحَسَنُ ، والحَكَمُ ، وعِكْرِمَةُ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ على الوَرَقِ والجِلْدِ ، وبَيْعُهُ مُباحٌ . ولَنا ، قَوْلُ الصَّحابَةِ ، ولم نَعْلَمْ لهم مُخالِفًا فى عَصْرِهم ، ولأنَّه يَشْتَمِلُ على كَلامِ اللهِ تعالى ، فَتَجِبُ صِيانَتُهُ عن البَيْعِ والابْتِذالِ . أمّا الشِّراءُ فهو أَسْهَلُ ؛ لأنَّه اسْتِنْقاذٌ للمُصْحَفِ ، وبَذْلٌ لمالِه فيه ، فجاز ، كما جاز شراءُ رِباعِ مَكَّةَ واسْتِئْجارُ دُورِها ، ولم يُرَ بَيْعُها ولا أَخْذُ أُجْرَتِها . وكذلك دَفْعُ الأُجْرَةِ إلى الحَجَّامِ لا يُكْرَهُ ، مع كَراهِيَةِ كَسْبِه . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، يُكْرَهُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منه [٣/٢٢٥ظ] كلامُ اللهِ تَعالَى ، فَيَجِبُ صِيانَتُه عن الابْتِذالِ ، وفى جوازِ شرائِه التَّسَبُّبُ إلى ذلك والمعونةُ عليه . ولا يَجُوزُ بَيْعُه لكافِرٍ ، فإنِ اشْتَراهُ ،

الإنصاف

قوله : وفى كَراهَةِ شِرائِه وإبْدالِه رِوَايتان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » ؛ إحداهما ، لا يُكْرَهُ . وهو المذهبُ ؛ فقد رَخَّص الإمامُ أحمدُ فى شِرائِها . وجزَم به فى « الوجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « الفُروعِ » : الأصحُّ أنَّهما لا يحْرُمان . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » . واخْتارَ ابنُ عَبْدوسٍ كراهةَ الشِّراءِ ، وعَدَمَ كراهَةِ الإبْدالِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يُكْرَهُ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وعنه ، يحْرُمُ . ولم يذْكُرْها بعضُهم . وذكَر أبو بَكْرٍ فى المُبادَلَةِ ، هل هى بَيْعٌ أم لا ؟ على رِوايتَيْن . وأنْكَرَ القاضى ذلك ، وقال : هى بَيْعٌ بلا خِلافٍ ، وإنَّما أجازَ[1] أحمدُ إبْدالَ المُصْحَفِ بمِثْلِه ؛ لأنه لا يدُلُّ على الرَّغْبَةِ عنه ، ولا على

---

(١) فى الأصل : « اختار » .

المقنع وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَشَرَاتِ ، وَالْمَيْتَةِ ، وَلَا شَيْءٍ مِنْهُمَا ، وَلَا سِبَاعِ الْبَهَائِمِ الَّتِى لَا تَصْلُحُ لِلصَّيْدِ ، ....

الشرح الكبير فالبَيْعُ باطِلٌ . وبه قال الشَّافِعِيُّ . وقال أَصْحابُ الرَّأْىِ : يَجُوزُ ، ويُجْبَرُ على بَيْعِه ؛ لأنَّه أَهْلٌ للشِّراءِ ، والمُصْحَفُ مَحَلٌّ له . ولَنا ، أنَّه يُمْنَعُ مِن اسْتِدَامَةِ المِلْكِ عليه ، فمُنِعَ مِن ابْتِدَائِه ، كسائِرِ ما لا يَجُوزُ بَيْعُه ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن المُسافَرَةِ بالقُرْآنِ إلى أَرْضِ العَدُوِّ ، مَخافَةَ أنْ تَنالَه أيْدِيهم[1] . فلا يَجُوزُ تَمْكِينُهم مِن التَّوَسُّلِ إلى نيلِ أَيْدِيهم إيّاهُ .

١٥٥٤ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ الحَشَراتِ ، ولا المَيْتَةِ ، ولا شىءٍ منها ، ولا سباعِ البَهائِمِ التى لا تَصْلُحُ للصَّيْدِ) لا يَجُوزُ بَيْعُ المَيْتَةِ ، ولا الخِنْزِيرِ ، ولا الدَّمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على القَوْلِ به . وذلك لِما رَوَى جابِرٌ ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ ، وهو بمَكَّةَ ، يقولُ : « إنَّ اللهَ ورَسُولَه حَرَّمَ بَيْعَ المَيْتَةِ والخَمْرِ والخِنْزِيرِ والأَصْنامِ » .

الإنصاف الاسْتِبْدالِ به بعِوَضٍ دُنْيَوِىٍّ ، بخِلافِ أخْذِ ثَمَنِه . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والأرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » . وتقدَّم نظِيرُ ذلك فى أَواخِرِ كتابِ الزَّكاةِ ، بعدَ قوْلِه : وإنْ باعَه بنِصابٍ مِن جِنْسِه ، بنَى على حَوْلِه .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى ذلك ، إذا كان مُسْلِمًا ، فأمَّا إنْ كان كافِرًا ، فلا يجوزُ بَيْعُه له ، قوْلًا واحِدًا ، وإنْ ملَكَه بإرْثٍ أو غيرِه أُلْزِمَ بإزالَةِ مِلْكِه عنه . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على ذلك فى أَواخِرِ نَواقِضِ الوُضُوءِ . ويأْتِى فى أثْناءِ الرَّهْنِ ، هل تجوزُ القِراءَةُ فيه مِن غيرِ إذْنِ رَبِّه ؟ وهل يَلْزَمُه بَذْلُه للقِراءَةِ فيه ؟

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢/ ٧٨ .

وَلَا الْكَلْبِ ، .... المقنع

الشرح الكبير

مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما لا نَفْعَ فيه ، كالْحَشَرَاتِ كُلِّها ، وسِباعِ البَهائِمِ التى لا تَصْلُحُ للاصْطِيادِ ؛ كالأَسَدِ ، والذِّئْبِ ، ومالا يُؤْكَلُ ولا يُصادُ به مِن الطَّيْرِ ؛ كالرَّخَمِ[2] ، والحِدَأَةِ ، والغُرابِ الأَبْقَعِ ، وغُرابِ البَيْنِ ، وبَيْضِها ؛ لأَنَّه لا نَفْعَ فيه ، فأَخْذُ ثَمَنِه أَكْلٌ للمَالِ بالباطِلِ ، ولأنَّه ليس فيها نَفْعٌ مُباحٌ ، أَشْبَهَتِ الخِنْزِيرَ .

١٥٥٥ – مسألة : (ولا) يَجُوزُ بَيْعُ (الكَلْبِ) أىَّ كَلْبٍ كَان ، لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا فى المَذْهَبِ . وبه قال الحَسَنُ، ورَبيعَةُ، وحَمّادٌ، والشّافِعِيُّ، وداودُ. ورَخَّصَ فى ثمنِ كَلْبِ الصَّيْدِ خاصَّةً جابرُ بنُ عبدِ اللهِ، وعَطَاءٌ، والنَّخَعِيُّ. وأَجازَ أبو حَنِيفَةَ بَيْعَ الكِلابِ كُلِّها وأَخْذَ ثَمَنِها. وعنه، بَيْعُ الكَلْبِ العَقُورِ . واخْتَلَفَ أَصْحابُ مالِكٍ ، فقال قَوْمٌ : لا يَجُوزُ . وقال قومٌ : يَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ المَأْذُونِ فى إمْساكِه ، ويُكْرَهُ ؛ لِمَا رُوِىَ عن جابرٍ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْبِ والسِّنَّوْرِ ، إلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ[3] . ولأَنَّهُ يُباحُ الانْتِفاعُ به ، ويَصِحُّ نَقْلُ اليَدِ فيه ، والوَصِيَّةُ به ،

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ الكَلْبِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأَصحابُ ، وقطَعوا به . وقال الحَارِثِىُّ فى « شَرْحِه » فى كتابِ الوَقْفِ ، عندَ قوْلِ المُصَنِّفِ : ولا يصِحُّ

(١) تقدم تخريجه فى ٣٠٧/٢ حاشية رقم (٢) .

(٢) الرخم : طائر غزير الريش ، أبيض اللون مبقع بسواد ، له منقار طويل قليل التقوس .

(٣) أخرجه النسائى ، فى : باب الرخصة فى ثمن كلب الصيد ، من كتاب الصيد ، وباب ما استثنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ١٦٨/٧ ، ٢٧٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٧/٣ ، ٣٣٩ .

الشرح الكبير

فصحَّ بَيْعُه ، كالحِمارِ . ولَنا ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهى عن ثَمَنِ الكَلْبِ ، ومَهْرِ البَغِيِّ ، وحُلْوَانِ الكَاهِنِ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وعن رافِعِ بنِ خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ثَمَنُ الكَلْبِ خَبِيثٌ » . رَوَاهُ مسلمٌ[2] . وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ

الإنصاف

وَقْفُ الكَلْبِ : والصَّحيحُ ، اخْتِصاصُ النَّهْىِ عن البَيْعِ فيما عدَا كَلْبِ الصَّيْدِ ؛ بدَليلِ رِوايَةِ حَمَّادِ بنِ سَلَمَةَ ، عن أبى الزُّبَيْرِ ، عن جابِرٍ ، قال [٢/ ٤٩ظ] : نهى رَسُولُ اللهِ ﷺ عن ثمَنِ الكَلْبِ ، والسِّنَّوْرِ ، إلَّا كَلْبَ صَيْدٍ . والإسْنادُ جَيِّدٌ . قال : فيَصِحُّ وَقْفُ المُعَلَّمِ ؛ لأنَّ بَيْعَه جائزٌ . انتهى . ويأْتِى ذلك فى كتابِ الوَقْفِ .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ثمن الكلب ، من كتاب البيوع ، وباب كسب البغى والإماء ... ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب مهر البغى والنكاح الفاسد ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفى : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٣/ ١١٠ ، ١٢٢ ، ٧/ ٧٩ ، ١٧٦ ، ٢١٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٩ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية مهر البغى ، من أبواب النكاح ، وفى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى أجر الكاهن ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٧ ، ٢٧٦ ، ٨/ ٢٢٨ ، ٢٢٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد والذبائح ، وفى : باب بيع الكلب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ١٦٧ ، ٢٧٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ومهر البغى ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٠ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٥٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١١٨ - ١٢٠ .

(٢) فى : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... إلخ ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٩ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٦ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/ ١٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

الشرح الكبير

ﷺ عن ثَمَنِ الكَلْبِ ، فإنْ جاءَ يَطْلُبُه فامْلَئُوا كَفَّهُ تُرابًا . رَواه أبو داودَ[1] . ولأنَّه حَيوانٌ نُهِىَ عن اقْتِنائِه فى غيرِ حالِ الحاجَةِ ، أشْبَهَ الخِنْزِيرَ . وأمّا حَدِيثُهم ، فقال التِّرْمِذِىُّ : لا يَصِحُّ إسْنادُ هذا الحَدِيثِ . وقال الدّارَقُطْنِىُّ : الصَّحِيحُ أنّه مَوْقُوفٌ على جابرٍ . وقال أحمدُ : [٣/٢٢٦و] هذا مِن الحَسَنِ بنِ أبى جَعْفَرٍ ، وهو ضَعِيفٌ .

فصل : ولا يَحِلُّ قَتْلُ الكَلْبِ المُعَلَّمِ ؛ لأنَّه مَحَلٌّ مُنْتَفَعٌ به ، مُباحٌ اقْتِناؤُه ، فَحَرُمَ إتْلافُه ، كالشّاةِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . ولا غُرْمَ على قاتِله . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وقال مالِكٌ ، وعَطاءٌ : عليه الغُرْمُ ؛ لِما ذَكَرْنا فى تَحْرِيمِ قَتْلِه . ولَنا ، أنّه مَحَلٌّ يَحْرُمُ أخْذُ عِوَضِه ؛ لخُبْثِه ، فلم يَجِبْ غُرْمُه بإتْلافِه ، كالخِنْزِيرِ ، وإنّما حَرُمَ إتْلافُه ؛ لِما فيه مِن الإضْرارِ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه . فأمّا قَتْلُ ما لا يُباحُ إمْساكُه مِن الكِلابِ ، فإنْ كان أسْوَدَ بَهِيمًا ، أُبِيحَ قَتْلُه ؛ لأنَّه شَيْطانٌ . كما جاءَ فى حديثِ أبى ذَرٍّ[2] . ولِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « لَوْلَا أنَّ الكِلابَ أُمَّةٌ مِنَ الأُمَمِ لأَمَرْتُ بقَتْلِها ، فاقْتُلُوا منها كُلَّ أسْوَدَ بَهِيمٍ »[3] . وكَذلك يُباحُ قَتْلُ الكَلْبِ العَقُورِ ؛ لِما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال :

الإنصاف

قال الزَّرْكَشِىُّ : ومالَ بعضُ أصحابِنا المُتأخِّرين إلى جَوازِ بَيْعِه . وتأْتِى أحْكامُ الكَلْبِ المُباحِ واقْتناؤُه ، فى بابِ المُوصَى به .

---

(١) فى : باب فى أثمان الكلاب ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/٦٤٩ .

(٣) تقدم تخريجه فى ٣/٦٥٣ .

الشرح الكبير

« خَمسٌ مِن الدَّوابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ يُقتَلْنَ فى الحِلِّ والحَرَمِ ؛ الغُرابُ ، والحِدَأةُ ، والعَقْرَبُ ، والفَأْرَةُ ، والكَلْبُ العَقُورُ » . مُتَّفقٌ عليه[1] . ويُقتَلُ كلُّ واحِدٍ مِن هذَيْن وإنْ كان مُعَلَّمًا ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثَيْنِ . وعلى قِياسِ الكَلْبِ العَقُورِ كُلُّ ما آذَى النّاسَ وضَرَّهُم فى أَنْفُسِهم وأَمْوالِهم يُباحُ قَتْلُه ، ولأنَّه يُؤْذِى بلا نَفْعٍ ، أَشْبَهَ الذِّئْبَ . وما لا مَضَرَّةَ فيه لا يُباحُ قَتْلُه ؛ للخَبَرِ المَذْكُورِ . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه أَمَرَ بقَتْلِ الكِلابِ ، ثم نَهَى عن قَتْلِها ، وقال : « عَلَيْكُم بالأَسْوَدِ البَهِيمِ ذى النُّقْطَتَيْنِ ، فإنّه شَيْطَانٌ » . رَواه مسلمٌ[2] .

فصل : ويَحْرُمُ اقْتِناءُ الكِلابِ ، إلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ والماشِيَةِ والحَرْثِ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنِ اتَّخَذَ كَلْبًا إلَّا كَلْبَ ماشِيَةٍ أو صَيْدٍ أو زَرْعٍ ، نَقَصَ مِن أجْرِه كُلَّ يَوْمٍ قِيراطٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . وإنِ اقْتَناه لحِفْظِ البُيوتِ ، لم يَجُزْ ؛ للخَبَرِ . ويَحْتَمِلُ الإِباحَةَ . وهو قَوْلُ بَعْضِ أَصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الثَّلاثَةِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ قِياسَ غيرِ الثَّلاثَةِ عليها يُبِيحُ ما تَناوَلَ أوَّلُ الخَبَرِ

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه فى ٨/٣٠٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/٦٥٣ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب اقتناء الكلب للحرث ، من كتاب المزارعة . صحيح البخارى ٣/١٣٥ ، ١٣٦ . ومسلم ، فى : باب الأمر بقتل الكلاب ... إلخ ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٠٣ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٩٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٦/٢٨٥ . والنسائى ، فى : باب الرخصة فى إمساك الكلب للحرث ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/١٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٦٧ .

الشرح الكبير

تَحْرِيمَه . قال القاضى : وليس هو فى مَعْناها ، فقد يَحْتَالُ اللِّصُّ بإخْراجه بشىءٍ يُطْعِمُه إيَّاهُ ليَسْرِقَ المتاعَ . أمّا الذِّئْبُ فلا يَحْتَمِلُ هذا فى حَقِّه ، ولأنَّ اقْتِناءَه فى البُيُوتِ يُؤْذِى المارَّةَ ، بخِلافِ الصَّحْراءِ .

فصل : ويَجُوزُ تَرْبِيَةُ الجَرْوِ الصَّغِيرِ لأَحَدِ الثَّلاثَةِ ، فى أَقْوَى الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّه قَصَدَه لذلك ، فيَأْخُذُ حُكْمَه ، كما جازَ بَيْعُ الجَحْشِ الصَّغِيرِ الذى لا نَفْعَ فيه فى الحالِ ؛ لمآلِه إلى الانْتِفاعِ . ولأَنَّه لو لم يُتَّخَذِ الصَّغِيرُ ما أمْكَنَ جَعْلُ الكَلْبِ للصَّيْدِ ، إذْ لا [٢٢٦/٣ظ] يَصِيرُ مُعَلَّمًا إلَّا بالتَّعَلُّمِ ، ولا يُمْكِنُ تَعَلُّمُه إلَّا بتَرْبِيَتِه واقْتِنائِه مُدَّةً يُعَلِّمُه فيها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ ﴾[1] . ولا يُوجَدُ كَلْبٌ مُعَلَّمٌ بغَيْرِ تَعْلِيمٍ . والثانى : لا يَجُوزُ ؛ لأَنَّه ليسَ مِن الثَّلاثَةِ .

فصل : ومَن اقْتَنَى كَلْبَ صَيْدٍ ، ثم تَرَكَ الصَّيْدَ مُدَّةً ، وهو يريدُ العَوْدَ إليه ، لم يَحْرُمِ اقْتِناؤُه فى مُدَّةِ تَرْكِه ؛ لأَنَّ ذلك لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه . وكذلك لو حَصَدَ صاحِبُ الزَّرْعِ زَرْعَه ، أُبِيحَ اقْتِناؤُه حتى يَزْرَعَ زَرْعًا آخرَ . وكذلك لو هَلَكَتْ ماشِيَتُه ، أو باعَها ، وهو يُرِيدُ شِراءَ غيرِها ، فله إمساكُ كَلْبِها ؛ لِيَنْتَفِعَ به فى التى يَشْتَرِيها . فإنِ اقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَن لا يَصِيدُ به ، احْتَمَلَ الجَوازَ ؛ لاسْتِثْنائِه فى الخَبَرِ مُطْلَقًا . واحْتَمَلَ المَنْعَ ؛ لأَنَّه اقْتَنَاهُ لغيرِ[2] حاجَةٍ ، أَشْبَهَ غَيْرَه مِن الكِلابِ . ومَعْنَى كَلْبِ

الإنصاف ....

(١) سورة المائدة ٤ .

(٢) فى م : « من غير » .

المقنع وَلَا السِّرْجِينِ النَّجِسِ ، ....

الشرح الكبير الصَّيْدِ : أىْ كَلْبٍ يَصِيدُ به . وهكذا الاحْتِمالَانِ فى مَن اقْتَنَى كَلْبًا لِيَحْفَظَ له حَرْثًا ، أو ماشِيَةً إن حَصَلَت ، أو يَصِيدَ به إنِ احْتَاجَ إلى الصَّيْدِ ، وليس له[1] فى الحالِ حَرْثٌ ولا ماشِيَةٌ ، ويحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لقَصْدِه ذلك ، كما لو حَصَد الزَّرْعَ ، وأَرادَ زرْعَ غَيْرِه .

١٥٥٦ – مسألة : (ولا) يَجُوزُ بيعُ (السِّرْجِين[2] النَّجِسِ) وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لأَنَّ أَهْلَ الأَمْصارِ يَبْتاعُونَه لزَرْعِهِم مِن غيرِ نَكيرٍ ، فكانَ إجْماعًا . ولَنا ، أنَّه مُجْمَعٌ على نَجاسَتِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالمَيْتَةِ . وما ذَكَرُوه ليس بإجْماعٍ ؛ لأَنَّ الإِجْماعَ اتِّفَاقُ أَهْلِ العِلْمِ ، ولم يُوجَدْ ، ولأَنَّه رَجِيعٌ نَجِسٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كرَجِيعِ الآدَمِىِّ .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ الحُرِّ ، ولا ما ليس بمَمْلُوكٍ ، كالمُباحاتِ قبلَ

الإنصاف قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ السِّرْجِينِ النَّجِسِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وخُرِّج قولٌ بصحَّةِ بَيْعِه مِنَ الدُّهْنِ النَّجِسِ . قال مُهَنَّا : سأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن السَّلَمِ فى البَعْرِ والسِّرْجِينِ ، فقال : لا بَأْسَ . وأَطْلَقَ ابنُ رَزِينٍ فى بَيْعِ النَّجاسَةِ وَجْهَيْن . وأَطْلَقَ أبو الخَطَّابِ جَوازَ بَيْعِ جِلْدِ المَيْتَةِ . قال فى « الفُروعِ » : فيتَوجَّهُ منه بَيْعُ نَجاسَةٍ يجوزُ الانْتِفاعُ بها ، ولا فَرْقَ ولا إجْماعَ كما قيل . ذكَرَه فى بابِ الآنِيَةِ ، وتقدَّم ذلك ، وتقدَّم أيضًا ، على المَنْعِ ،

(١) سقط من : م .
(٢) السرجين : الزِّبْل ، كلمة أعجمية .

المقنع

وَلَا الْأَدْهَانِ النَّجِسَةِ .

الشرح الكبير

حِيازَتِها ومِلْكِها. لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا، وقد رَوَى البُخَارِىُّ[1] بإسْنادِه، أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « قال اللهُ عَزَّ وجَلَّ : ثَلاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيامَةِ ؛ رَجُلٌ أعْطَى بى ثُمَّ غَدَرَ ، ورَجُلٌ باعَ حُرًّا وأَكَلَ ثَمَنَه ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجِيرًا فاسْتَوْفَى مِنْهُ ولم يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » .

١٥٥٧ – مسألة : (ولا) يجوزُ بيعُ (الأدْهانِ النَّجِسَةِ) فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ؛ لأنَّ أَكْلَه حَرَامٌ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن الفَأْرَةِ تموتُ فى السَّمْنِ ، فقال : « إن كان مائِعًا فلا

الإنصاف

هل يجوزُ إيقادُ النَّجاسَةِ ؟ فى أوَائِلِ كتابِ الطَّهارَةِ . وتقدَّم فى بابِ الآنِيَةِ ، هل يجوزُ بَيْعُ جِلْدِ المَيْتَةِ قبلَ الدَّبْغِ أو بعدَه ؟

قوله : ولا الأدْهَانِ النَّجِسَةِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ المشهورُ المجزومُ به عندَ عامَّةِ الأصحابِ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهما : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يجوزُ بَيْعُها لكافرٍ يعْلَمُ نَجاسَتَها . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ فى بابِ الأطْعِمَةِ ، ومَن بعدَه .

---

(١) فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٣/١٠٨ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٥٨ .

المقنع وَعَنْهُ ، يَجُوزُ بَيْعُهَا لِكَافِرٍ يَعْلَمُ نَجاسَتَهَا .

الشرح الكبير تقْرَبُوه » . مِن المُسْنَدِ[1] . وإذا كان حَرامًا لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « إنَّ اللهَ إذا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَه »[2] . ولأنَّه نَجِسٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، قِياسًا على شَحْمِ المَيْتَةِ . (وعنه ، يَجُوزُ بَيْعُها[3] لكافِرٍ يَعْلَمُ نَجاسَتَها) لأنَّه يَعْتَقِدُ حِلَّها ، ويَسْتَبِيحُ أَكْلَها ، ولأنَّه قد رُوِىَ عن أبى مُوسَى : لُتُّوا به السَّوِيقَ وبِيعُوه ، ولا تَبِيعُوه مِن مسلمٍ ، وبَيِّنُوه . والصَّحِيحُ [٢٢٧/٣و] الأَوَّلُ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ ،

الإنصاف وخرَّج أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم ، جَوازَ بَيْعِها حتى لمُسْلمٍ ، مِن رِوايَةِ جَوازِ الاسْتِصْباحِ بها ، على ما يأْتِى مِن تخْريجِ المُصَنِّفِ فى كلامِه . وقيلَ : يجوزُ بَيْعُها إنْ قُلْنا : تَطْهُرُ بغَسْلِها . وإلَّا فلا . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . قلتُ : هذا المذهبُ ، ولا حاجَةَ إلى حِكايَتِه قوْلًا . ولهذا قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ، على القَوْلِ بأنَّها تَطْهُرُ : يجوزُ بَيْعُها . ولم يحْكُوا خِلافًا . وقيل : يجوزُ بَيْعُها إنْ جازَ الاسْتِصْباحُ بها . ولعَلَّه القوْلُ المُخَرَّجُ المُتَقدِّمُ ، لكنْ حكَاهُما فى « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : مُرادُ المُصَنِّفِ بقَوْلِه فى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ : يَعْلَمُ نَجاسَتَها . اعْتِقادُه الطَّهارَةَ . قال : لأنَّ نفْسَ العِلْمِ بالنَّجاسَةِ ليس شَرْطًا فى بَيْعِ الثَّوْبِ النَّجِسِ ، فكذا هُنا . قال فى « المُطْلِعِ » : وقوْلُه : يعْلَمُ نَجاسَتَها .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١٦/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٧/١ ، ٢٩٣ ، ٣٢٢ .

(٣) فى الأصل ، م ، ق : « بيعه » .

الشرح الكبير

حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ ، فجَمَلُوهَا[1] ، فبَاعُوهَا ، وأَكَلُوا ثمنَها ، إنَّ اللهَ إذا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَه » . مُتَّفقٌ عليه[2] . ولأنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُها مِن مُسْلِمٍ ، فلا يَجُوزُ بَيْعُها لكافِرٍ ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، فإنَّهم يَعْتَقِدُونَ حِلَّه ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه لهم ، ولأنَّه دُهْنٌ نَجِسٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه لكافِرٍ ، كشحومِ المَيْتَةِ . قال شيخُنا : ويَجُوزُ أنْ يُدْفَعَ إلى الكافِرِ فى فِكاكِ مُسْلِمٍ ، ويُعْلَمُ الكافِرُ بنَجاسَتِه ؛ لأنَّه ليس بِبَيْعٍ فى الحَقِيقَةِ ، إنّما هو اسْتِنْقاذُ المُسْلِمِ به .

الإنصاف

بمَعْنَى ، أنَّه يجوزُ له فى شَرِيعَتِه الانْتِفاعُ بها . قلتُ : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، اشْتِراطُ إعْلامِه بنَجاسَتِه لا غيرَ ، سواءٌ اعْتَقَدَ طَهارَتَه أوْ لا . وهو كالصَّريحِ فى كلامِ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » فيه ، فإنَّه قال : وعنه ، يُباعُ لكافِرٍ بشَرْطِ أنْ يعْلَمَ بالحالِ . وقال فى « الهِدايَةِ » وغيرِه : بشَرْطِ أنْ يُعْلِمَه أنَّها نَجِسَةٌ . وقدِ اسْتُدِلَّ لهذه الرِّوايَةِ بما يُوافِقُ ما نقولُ ؛ فإنَّهم اسْتدَلُّوا بقَوْلِ أبى مُوسى : لُتُّوا به السَّوِيقَ ، وبِيعُوه ، ولا تَبِيعُوه [٢/٥٠و] مِن مُسْلِمٍ ، وبَيِّنُوه . وقال فى « الكافِى » : ويعْلَمُ بحالِه لأنَّه يعْتَقِدُ حِلَّه .

---

(١) جَمَلَه يجمُله جمْلًا ، وأجْمَلَه : أذابه واستخرج دُهْنَه . لسان العرب (ج م ل) .

(٢) هذا سياق حديث ابن عباس الذى قبله .

وبلفظ : « إن الذى حرم شربها حرم بيعها » . أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٦/٣ . وبدون قوله : « إن الله إذا حرم شيئا ... » أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الميتة والأصنام ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١١٠/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٧/٣ . كلاهما من حديث جابر .

المقنع

وَفِى جَوَازِ الاسْتِصْبَاحِ بِهَا رِوَايَتَانِ . وَيُخَرَّجُ عَلَى ذَلِكَ جوازُ بَيْعِهَا .

الشرح الكبير

١٥٥٨ – مسألة : (وفى جَوازِ الاسْتِصْباحِ بها رِوايَتانِ . ويُخَرَّجُ على ذلك جَوازُ بَيْعِها) اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فى الاسْتِصْبَاحِ بالزَّيْتِ النَّجِسِ ؛ فرُوِىَ عنه ، أنّه لا يَجُوزُ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ فى السَّمْنِ الذى ماتَتْ فيه الفَأْرَةُ : « وإنْ كان مائِعًا فلا تَقْرَبُوه »[1] . ولأَنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن شُحُومِ المَيْتَةِ تُطْلَى بها السُّفُنُ ، وتُدْهَنُ بها الجُلُودُ ، ويَسْتَصْبِحُ بها الناسُ ، فقال : « لا ، هو حَرَامٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وهذا فى مَعْناه . وهو قولُ ابنِ المُنْذِرِ . وعنه ، إباحَتُه ؛ لأَنَّ ذلك يُرْوَى عن ابنِ عمرَ . وهو قَوْلُ

الإنصاف

قولِه : وفى جوازِ الاسْتِصْباحِ بها رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « الإِيضَاحِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « ابنِ تَميمٍ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، و « المَذْهَبِ الأَحْمَدِ » ، و « الفُروعِ » ؛ إحداهما ، يجوزُ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا أشْهَرُ الرِّوايتَيْن . ونَصَرَها فى « المُغْنِى » . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « الإِفادَاتِ » ، فى بابِ النَّجاسَةِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لايجوزُ الاسْتِصْباحُ بها . جزَم به فى « الوَجيزِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١٦/١ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣٠٧/٢ .

الشرح الكبير

الشّافِعِيِّ ؛ لأَنَّه أمْكَنَ الانْتِفاعُ به مِن غيرِ ضَرَرٍ ، فجازَ ، كالطاهِرِ . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ . فعلى هذا ، يُسْتَصْبَحُ به على وَجْهٍ لا تَتَعَدَّى نَجاسَتُه ، إمّا أن يُجْعَلَ فى إبْريقٍ ويُصَبَّ منه فى المِصْباحِ ولا يُمَسَّ ، وإمّا أن يَدَعَ على رَأْسِ الجَرَّةِ التى فيها الزَّيْتُ سِراجًا مَثْقُوبًا ، ويُطْبِقَه على رَأْسِ إناءِ الزَّيْتِ ، وكُلَّما نَقَصَ زَيْتُ السِّراجِ صَبَّ فيه ماءً بحيثُ يَرْتَفِعُ الزَّيْتُ ، فيَمْلَأُ السِّرَاجَ ، وما أَشْبَهَ هذا . وعلى قِياسِ هذا كُلُّ انْتِفاعٍ لا يُفْضِى إلى التَّنْجيسِ بها يَجُوزُ . ويَتَخَرَّجُ على جَوازِ الاسْتِصْباحِ به جَوازُ بَيْعِه . وهكذا ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأَنَّه يَجُوزُ الانْتِفاعُ به مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، فجازَ بَيْعُه ، كالبَغْلِ والحِمارِ . وهل تَطْهُرُ بالغَسْلِ ، فيه وَجْهانِ ذَكَرْناهُما فيما مَضَى[1] . وإذا قُلْنا : تَطْهُرُ بالغَسْلِ . فالقِياسُ يَقْتَضِى جوازَ بَيْعِها ؛ لأَنَّها عَيْنٌ نَجسَةٌ تَطْهُرُ بالغَسْلِ ، أَشْبَهَتِ الثَّوْبَ النَّجِسَ . وكَرِهَ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، أن تُدْهَنَ بها الجُلُودُ ، وقال : تُجْعَلُ منها الأَسْقِيَةُ . ونُقِلَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه يُدْهَنُ بها الجلودُ . وعَجِبَ أحمدُ مِن هذا . فيَحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ على ما لا تَتَعَدَّى نَجاسَتُه ، كالنِّعَالِ ، كما قُلْنا فى جُلودِ المَيْتَةِ[2] .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، حيثُ جوَّزْنا الاسْتِصْباحَ بها ، فيكونُ فى وَجْهٍ لا تتعدَّى نَجاسَتُه ؛ إمَّا أنْ يُجْعَلَ فى إبْريقٍ ، ويُصَبَّ منه فى المِصْباحِ ولا يُمَسَّ ، وإمَّا أنْ يدَعَ على رأْسِ الجَرَّةِ التى فيها الدُّهْنُ سِراجًا مَثْقُوبًا ، ويُطَيِّنَه على رأْسِ إناءِ الدُّهْنِ ، وكلَّما نقص دُهْنُ السِّراجِ صَبَّ فيه ماءً ، بحيثُ يرْفَعُ الدُّهْنَ ، فيَمْلَأُ السِّراجَ ،

---

(١) انظر ما تقدم فى ٢/٣٠٤ .

(٢) انظر ما تقدم فى ١/١٦١ .

الشرح الكبير

فصل : فَأَمَّا شُحُومُ المَيْتَةِ ، وشَحْمُ الكَلْبِ والخِنْزِيرِ ، فلا يَجُوزُ الاسْتِصْباحُ به ، ولا الانْتِفاعُ به فى جُلُودٍ ولا سُفُنٍ ولا غيرِها ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثِ . وإذا اسْتُصْبِحَ بالزَّيْتِ النَّجِسِ ، فاجْتَمَعَ مِن دُخَانِه شئٌ ، فهو نَجِسٌ ؛ لأَنَّه جُزْءٌ منه ، والنَّجاسَةُ لا تَطْهُرُ بالاسْتِحالَةِ . فإنْ عَلِقَ بشئٍ ، عُفِىَ عن يَسِيرِه ؛ لمَشَقَّةِ التَّحَرُّزِ عنه ، وإنْ كَثُرَ لم يُعْفَ عنه .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ التِّرْياقِ الذى فيه لُحُومُ الحَيَّاتِ ؛ لأَنَّ نَفْعَه إنّما يَحْصُلُ بالأَكْلِ ، وهو مُحَرَّمٌ ، فخَلا مِن [٢٢٧/٣ظ] نَفْعٍ مُباحٍ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالمَيْتَةِ . ولا يجوزُ التَّداوِى به ، ولا بسُمِّ الأَفاعِى . فأَمّا سُمُّ النَّباتِ ، فإنْ كان لا يُنْتَفَعُ به ، أو يَقْتُلُ قَلِيلُه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لعَدَمِ نَفْعِه ، وإنْ أمْكَنَ التَّداوِى بيَسِيرِه ، كالسَّقَمُونْيا[1] ، جازَ بَيْعُه ؛ لأَنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به .

الإنصاف

وما أشْبَهَه . قالَه جماعةٌ . ونقَلَه طائِفَةٌ عنِ الإمامِ أحمدَ . قلتُ : الذى يَظْهَرُ أنَّ هذا ليس شَرْطًا فى صِحَّةِ البَيْعِ . وظاهِرُ كلامِ « الفُروعِ » ، أنَّه جعَلَه شَرْطًا عندَ القائِلين به . الثَّانيةُ ، لا يجوزُ الاسْتِصْباحُ بشُحومِ المَيْتَةِ ، ولا بشَحْمِ الكَلْبِ ، والخِنْزِيرِ ، ولا الانْتِفاعُ بشئٍ مِن ذلك ، قوْلًا واحدًا عندَ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ جَوازَ الانْتِفاعِ بالنَّجاسَاتِ . وقال : سواءٌ فى ذلك شَحْمُ المَيْتَةِ وغيرُه . وهو قوْلٌ للشَّافِعِىِّ . وأوْمَأَ إليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ .

تنبيه : قوله : ويُخَرَّجُ على ذلك جَوازُ بَيْعِها . تقدَّم أنَّ المُصَنِّفَ وغيرَه ، خرَّجُوا

---

(١) كلمة يونانية ، ومعناها : نبات يستخرج منه دواء مسهل للبطن ومزيل لدوده .

المقنع

فَصْلٌ : الرَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لَهُ ، أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِى بَيْعِهِ ، فَإِنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوِ اشْتَرَى بِعَيْنِ مَالِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ، وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ .

الشرح الكبير

(**فصل** : الرابعُ ، أن يكونَ مَمْلُوكًا له ، أو مَأْذُونًا له فى بَيْعِه ، فإن باعَ مِلْكَ غيرِه بغَيْرِ إِذْنِه ، أو اشْتَرَى بعينِ مالِه شيئًا بغيرِ إِذْنِه ، لم يَصِحَّ . وعنه ، يَصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ) إذا اشْتَرَى بعينِ مالِ غيرِه ، أو باعَ مالَه بغيرِ إِذْنِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، لا يَصِحُّ البَيْعُ . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . والثانيةُ ، يَصِحُّ البَيْعُ والشِّراءُ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإنْ أجازَهُ نَفَذَ ولَزِمَ البَيْعُ ، وإنْ لم يُجِزْهُ بطَلَ . وهو قَوْلُ [1] مالِكٍ ، وإسحاقَ ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ [1] فى البَيْعِ . فأَمَّا الشِّراءُ فَيَقَعُ للمُشْتَرِى عندَه بكُلِّ حالٍ ؛ لِما رَوَى عُرْوَةُ بنُ الجَعْدِ البارِقِىُّ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أعْطاهُ دِينارًا لِيَشْتَرِىَ به شاةً ، فاشْتَرَى شاتَيْنِ ، ثم باعَ إحْداهُما بدينارٍ فى الطَّرِيقِ ، قال : فأَتَيْتُ النبىَّ ﷺ بالدِّينارِ والشّاةِ ، فأَخْبَرْتُه ، فقال : « بارَكَ اللهُ لَكَ فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ » .

الإنصاف

جَوازَ البَيْعِ مِن رِوايَةِ جَوازِ الاسْتِصْباحِ بها .

تنبيه : شَمِلَ قوْلُه : الرَّابِعُ ، أنْ يكونَ ممْلُوكًا له . الأسيرَ لو باعَ مِلْكَه . وهو صحيحٌ . صرَّح به فى « الفُروعِ » وغيرِه .

قوله : فإنْ باعَ مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أو اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه شيئًا بغَيْرِ إذْنِه ،

(١ - ١) فى ر ١ : « أبى حنيفة وإسحاق وبه قال الشافعى » .

الشرح الكبير

رَواهُ ابنُ ماجه[1] ، والأَثْرَمُ ، ولأنَّه عَقْدٌ له مُجِيزٌ حالَ وقُوعِه ، فصَحَّ [2]ووقفَ[2] على إجازَتِه ، كالوَصِيَّةِ بزيادَةٍ على الثُّلُثِ . وَوَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، قولُ النبيِّ ﷺ لحَكِيمِ بنِ حِزامٍ : « لا تَبِعْ ما لَيس عِنْدَكَ » . رَواهُ ابنُ ماجه ، والتِّرمِذِيُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . يَعْنِى مَا لَا تَمْلِكُ ؛ لأنَّه ذَكَرَه جَوابًا له حين سَأَلَه أنَّه يَبِيعُ الشىءَ ، ويَمضِى ويَشْتَرِيه ، ويُسَلِّمُه . ولاتِّفاقِنا على صِحَّةِ بَيْعِ مالِه الغائِبِ ، ولأنَّه باعَ

الإنصاف

لم يصحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ . اخْتارَه فى « الفائقِ » ، وقال : ولا قَبْضَ ولا إقْباضَ قبلَ الإجازَةِ . قال بعضُ الأصحابِ فى

---

(1) فى : باب الأمين يتجر فيه فيربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنى محمد بن المثنى ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٢٥٢/٤ . وأبو داود ، فى : باب فى المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٩/٢ . والترمذى ، فى : باب حدثنى أبو كريب ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٣/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٦/٤ .

(2 - 2) فى م : « وقفه » .

(3) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ... ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٤١/٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٤/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع ماليس عند البائع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٤/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٠٢/٣ ، ٤٣٤ .

المقنع

وَإنِ اشْتَرَى لَهُ فِى ذِمَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ . فَإِنْ أَجَازَهُ مَنِ اشْتَرَى لَهُ ، مَلَكَهُ ، وَإِلَّا لَزِمَ مَنِ اشْتَرَاهُ .

الشرح الكبير

ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، فأَشْبَهَ الطَّيْرَ فى الهواءِ . فأَمَّا الوَصِيَّةُ ، فَيَتأَخَّرُ فيها القَبُولُ عن الإِيجابِ ، ولا يُعْتَبرُ أن يكونَ لها مُجِيزٌ حالَ وقُوعِ العَقْدِ ، ويَجُوزُ فيها مِن الغَرَرِ ما لا يَجُوزُ فى البَيْعِ ، وحَدِيثُ عُرْوَةَ نَحْمِلُه على أَنَّ وَكالَتَهُ كانت مُطْلَقَةً ، بدَلِيلِ أَنّه (1)سَلَّمَ وتَسَلَّمَ(1) ، وليس ذلك لغيرِ المالِكِ باتِّفَاقِنا .

١٥٥٩ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى له فى ذِمَّتِه بغيرِ إذْنِه ، صَحَّ . فإنْ أَجازَه مَن اشْتَرَى له ، ملكَه ، وإلَّا لَزِمَ مَن اشْتَراهُ) إذا اشْتَرَى فى ذِمَّتِه لإِنْسانٍ شَيْئًا بغيرِ إذْنِه ، صَحَّ ؛ لأَنَّه مُتَصَرِّفٌ فى ذِمَّتِه لا فى مالِ غَيْرِه ،

الإنصاف

طَرِيقَتِه : يصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، ولو لم يَكُنْ له مُجيزٌ فى الحالِ . وعنه ، صِحَّةُ تَصَرُّفِ الغاصِبِ . ويأْتِى حُكْمُ تصَرُّفاتِ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةِ فى بابِه فى أَوَّلِ الفَصْلِ الثَّامِنِ .

قوله : وإنِ اشْتَرَى له فى ذِمَّتِه بغَيْرِ إذْنِه ، صَحَّ . إذا اشْتَرى له فى ذِمَّتِه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يُسَمِّيَه فى العَقْدِ ، أوْ لا ، فإنْ لم يُسَمِّه فى العَقْدِ ، صحَّ العَقْدُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم [٢/ ٥٠ظ] . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذ المذهبُ المَعْروفُ المَشْهُورُ . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ على الأَصَحِّ . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرَى » .

(١ – ١) فى م : « يسلم ويستلم » .

الشرح الكبير

وسواءٌ نَقَدَ الثَّمَنَ مِن مالِ الغَيْرِ أو لا ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ هو الذى فى الذِّمَّةِ ، والذى نَقَدَه عِوَضُه ، ولذلك قُلْنا : إنّه إذا اشْتَرَى [1]فى الذِّمَّةِ[1] ونَقَدَهُ الثَّمَنَ بعدَ

الإنصاف

وعنه ، لا يصِحُّ . وإنْ سمَّاه فى العَقْدِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وقيلَ : حُكْمُه حُكْمُ ما إذا لم يُسَمِّه . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ؛ فإنَّ قوْلَه : وإنِ اشْتَرَى له فى ذِمَّتِه بغيرِ إذْنِه . يشْمَلُ ذلك . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، واخْتارَه المُصَنِّفُ . قال فى الفائدَةِ العِشْرين : إذا تَصرَّفَ له فى الذِّمَّةِ دُونَ المالِ ، فطَرِيقان ؛ أحدُهما ، فيه الخِلافُ الذى فى تَصرُّفِ الفُضُولِىِّ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى مَوْضِعٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتصارِ » . والثَّانِى ، الجَزْمُ بالصِّحَّةِ هنا . وهو قوْلُ الخِرَقِىِّ والأكْثَرِين . وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى مَوْضِعٍ آخَرَ . واخْتلَفَ الأصحابُ ، هل يَفْتَقِرُ إلى تَسْمِيَتِه فى العَقْدِ أم لا ؟ فمنهم مَن قال : لا فَرْقَ . منهم ابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « المُغْنِى » . ومنهم مَن قال : إنْ سمَّاه فى العَقْدِ ، فهو كما لو اشْتَرى له بعَيْنِ مالِه . ذكَرَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، فى غالِبِ ظَنِّى ، وابنُ المَنِّىِّ ، وهو مَفْهومُ كلامِ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » . انتهى .

فائدة : لو اشْتَرَى بمالِ نَفْسِه سِلْعَةً لغيرِه ، ففيه طَرِيقان ؛ عدَمُ الصِّحَّةِ ، قوْلًا واحدًا . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأجْرَى الخِلافَ فيه كتَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ ، وهو الأصحُّ . قاله فى الفائِدَةِ العِشْرين .

قوله : فإنْ أجازَه مَن اشْتَرَى له ، ملَكَه ، وإلَّا لَزِمَ مَنِ اشْتَراه . يعْنِى ، حيث قُلْنا بالصِّحَّةِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

ذلك ، كان له البَدَلُ . وإنْ خرجَ مَغْصُوبًا لم يبطُلِ العَقْدُ ، وإنَّما وقَفَ الأمْرُ على إجازَةِ الآخَرِ ؛ لأنَّه قَصَدَ الشِّراءَ له ، فإنْ أَجازَه لَزِمَهُ ، وعليه [٢٢٨/٣و] الثَّمَنُ ، وإنْ لم يَقْبَلْه لَزِمَ مَن اشْتَرَاهُ .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يَمْلِكُ مَن اشْتَرَى له ، ولو أَجازَه . ذكَرَها فى « الرِّعايتَيْن » . وقال فى « الكُبْرَى » بعدَ ذلك : إنْ قال : بِعْتُكَ هذا . فقال : اشْتَرَيْتُه لزَيْدٍ . فأَجازَه ، لَزِمَه ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَلْزَمَ المُشْتَرِيَ . انتهى . وقدَّم هذا فى « التَّلْخيصِ » ؛ إلْغاءً للإضافَةِ .

تنبيه : حيثُ قُلْنا : يَمْلِكُه بالإجازَةِ . فإنَّه يدْخُلُ فى مِلْكِه مِن حينِ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به القاضى فى « الجامِعِ » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، فى مَسْأَلَةِ نِكاحِ الفُضُولِىِّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : مِن حينِ الإجازَةِ . جزَم به صاحِبُ « النِّهايَةِ » . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : ويَشْهَدُ لهذا الوَجْهِ ، أنَّ القاضِىَ صرَّح بأنَّ حُكْمَ الحاكمِ المُخْتَلَفِ فيه ، إنَّما يُفيدُ صِحَّةَ المَحْكومِ به ، وانْعِقادَه مِن حينِ العَقْدِ ، وقبلَ الحُكْمِ كان باطِلًا . انتهى .

فائدة : لو قال : بِعْتُه لزَيْدٍ . فقال : اشْتَرَيْتُه له . بطَل ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ. قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرَى » . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه إنْ أَجازَه . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ حكَم بصِحَّتِه ، بعدَ إجازَتِه ، صحَّ مِنَ الحُكْمِ . ذكَرَه القاضى ، وهو الذى ذكَرَه فى « القَواعِدِ » قبلَ ذلك ، مُسْتَشْهِدًا به . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ أنَّه كالإجازَةِ . يعْنِى ، أنَّ فيه الوَجْهَيْن المُتقدِّمَيْن ؛ هل يَدْخُلُ مِن حينِ العَقْدِ ، أو الإجازَةِ ؟ وقال فى « الفُصُولِ » ، فى [٢/١٥و] الطَّلاقِ

المقنع وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ [٩١ظ] مَا لَا يَمْلِكُهُ لِيَمْضِيَ وَيَشْتَرِيَهُ وَيُسَلِّمَهُ .

الشرح الكبير **فصل** : وإن باعَ سِلْعَةً وصاحِبُها حاضِرٌ ساكِتٌ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَها بغيرِ إذْنِه ، فى قَوْلِ الأَكْثَرِين ؛ منهم أبو حَنِيفَةَ ، وأبو يوسُفَ ، والشّافِعِىُّ . قال ابنُ أبى لَيْلَى : سكوتُه إقْرارٌ ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الرِّضَا ، كسُكُوتِ البِكْرِ فى الإِذْنِ فى النِّكاحِ . ولَنا ، أنَّ السُّكُوتَ مُحْتَمِلٌ ، فلم يكُنْ إذْنًا ، كسُكُوتِ الثَّيِّبِ ، وفارَقَ سُكُوتَ البِكْرِ ؛ لوُجُودِ الحَياءِ المانِعِ مِن الكلامِ فى حَقِّها ، وليس ذلك مَوْجُودًا هٰهُنا .

١٥٦٠ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما لا يَمْلِكُه ليَمْضِيَ ويَشْتَرِيَه ويُسَلِّمَه) رِوَايَةً واحِدَةً . وهو قولُ الشّافِعِىِّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّ حكيمَ بنَ حِزامٍ قال للنبىِّ ﷺ : إنَّ الرَّجُلَ يأْتِينِى يَلْتَمِسُ مِن البَيْعِ ما ليس عندِى ، فأَمْضِى إلى السُّوقِ ، فأَشْتَرِيه ، ثم أَبِيعُه منه ، فقال النبىُّ

الإنصاف فى نِكاحٍ فاسِدٍ : إنَّه يَقْبَلُ الانبرامَ والإِلْزامَ بالحُكْمِ ، والحُكْمُ لا يُنْشِئُ المِلْكَ ، بل يُحَقِّقُه .

فائدة : لو باعَ ما يظُنُّه لغيرِه ، فظهَر أنَّه وَرِثَه ، أو وكَّلَ فى بَيْعِه ، صح البَيْعُ . على الصَّحيحِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : صحَّ على الأظْهَرِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » فى باب الرَّهْنِ . وقيل : لا يصِحُّ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و« القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الأُصولِيَّةِ » ، و « المُغْنِى » فى آخِرِ الوَقْفِ . وقيل : الخِلافُ رِوايَتان . ذكَرَهما أبو المَعالِى وغيرُه . قال القاضى : أصْلُ الوَجْهَيْن ، مَن باشَرَ امْرأَةً بالطَّلاقِ يعْتَقِدُها أجْنَبِيَّةً ، فبانَتِ امْرأَتَه ، أو واجه

المقنع

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ مَا فُتِحَ عَنْوَةً ، وَلَمْ يُقْسَمْ ؛ كَأَرْضِ الشَّامِ ، وَالْعِرَاقِ ، وَمِصْرَ ، وَنَحْوِهَا ، إِلَّا الْمَسَاكِنَ ، وَأَرْضًا مِنَ الْعِرَاقِ فُتِحَتْ صُلْحًا ؛ وَهِيَ الْحِيرَةُ ، وَأُلَّيْسٌ ، وَبَانِقْيَا ، وَأَرْضُ بَنِى صَلُوبَا ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، وَقَفَهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَأَقَرَّهَا فِى أَيْدِى أَرْبَابِهَا بِالْخَرَاجِ الَّذِى ضَرَبَهُ أُجْرَةً لَهَا فِى كُلِّ عَامٍ . وَلَمْ يُقَدِّرْ مُدَّتَهَا ؛ لِعُمُومِ الْمَصْلَحَةِ فِيهَا .

الشرح الكبير

ﷺ : « لا تَبِعْ ما ليس عِنْدَك »[1] . حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ولأنَّه يَبِيعُ ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، أشْبَهَ بَيْعَ الطَّيْرِ فى الهَواءِ .

١٥٦١ - مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما فُتِحَ عَنوَةً، و لم يُقْسَمْ، كأَرْضِ الشامِ ، والعِراقِ ، ومِصْرَ ، ونحوِها، إلَّا المساكِنَ ، وأرْضًا مِن العِراقِ فُتِحَتْ صُلْحًا؛ وهى الحِيرَةُ وأُلَّيْسٌ[2] وبانِقْيا، وأَرْضُ بنى صلُوبَا؛ لأَنَّ عمرَ، رَضِىَ اللهُ عنه، وقَفَها على المُسْلمين، وأقَرَّها فى أيْدِى أرْبابِها بالخَراجِ

الإنصاف

بالعِتْقِ مَن يَعْتَقِدُها حُرَّةً ، فبانَتْ أمَتَه ، فى وُقوعِ الطَّلاقِ والحُرِّيَّةِ رِوايَتان . ولابنِ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » قاعِدَةٌ فى ذلك ، وهى القاعِدَةُ الخامِسَةُ والسِّتُّون ، فى مَن تصَرَّفَ فى شيءٍ يظُنُّ أنَّه لا يمْلِكُه ، فتَبَيَّنَ أنَّه كان يَمْلِكُه .

قوله : ولا يصحُّ بَيْعُ ما فُتِحَ عَنْوَةً و لم يُقْسَمْ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، يصِحُّ . ذكَرَها الحَلْوَانِىُّ ، واخْتارَها

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٦ .

(٢) أليس : الموضع الذى كانت فيه الوقعة بين المسلمين والفرس فى أول أرض العراق من ناحية البادية . وفى كتاب الفتوح : أُلَّيْسٌ : قرية من قرى الأنبار . معجم البلدان ١/ ٣٥٤ .

الشرح الكبير

الذى ضَرَبَه أُجْرَةً لها فى كُلِّ عامٍ . ولم يُقَدِّرْ[1] مُدَّتَها ؛ لعُمومِ المَصْلَحَةِ فيها) لا يَجُوزُ بَيْعُ شيءٍ مِن الأَرْضِ المَوْقُوفَةِ ، ولا شِراؤُه ؛ كأَرْضِ الشامِ ، ونحوِها ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، وقَوْلِ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم عمرُ ، وعَلِيٌّ ، وابنُ عَبّاسٍ ، وعبدُ اللهِ بنُ عَمْرٍو[2] ، رَضِىَ اللهُ عنهم . ورُوِىَ ذلك عن عبدِ اللهِ بنِ مُغَفَّلٍ ، وقَبيصَةَ بنِ ذُؤَيْبٍ ، ومَيْمُونِ بنِ مِهْرَانَ ، والأَوْزَاعِىِّ ، ومالكٍ ، وأبى إسْحاقَ الفَزَارِىِّ[3] . قال الأَوْزَاعِىُّ : لم يَزَلْ أَئِمَّةُ المُسلمينَ يَنْهَوْنَ عن شراءِ أَرْضِ الجزْيَةِ ، ويَكْرَهُه عُلَماؤُهم . وقال : أَجْمَعَ رَأْىُ عمرَ ، وأصحابِ النبىِّ ﷺ ، لَمّا ظَهَرُوا على أهلِ الشامِ ، على إقْرارِ أهْلِ القُرَى فى قُراهُم ، على ما كانَ بأَيْدِيهم مِن أَرْضِهم ، يُعَمِّرُونها ، ويُؤَدُّونَ خَراجَها إلى المُسْلِمِينَ ، ويَرَوْنَ أنه لا يَصْلُحُ لأحَدٍ مِن المُسْلِمينَ شِراءُ ما فى أيْدِيهم مِن الأَرْضِ طَوْعًا ولا كَرْهًا ،

الإنصاف

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وذكَرَه قوْلًا عندَنا . قلتُ : والعَمَلُ عليه فى زَمَنِنا . وقد جوَّزَ الإمامُ أحمدُ إصْداقَها . وقالَه المَجْدُ . وتأَوَّلَه القاضى على نَفْعِها فقط . وعنه ، يصِحُّ الشِّراءُ دُونَ البَيْعِ . وعنه ، يصِحُّ لحاجَتِه .

قوله : كأرْضِ الشَّامِ ، والعِراقِ ، ومِصْرَ ، ونحوِها . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ مِصْرَ ممَّا فُتِحَ عَنْوَةً ، ولم يُقْسَمْ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، وغيرُه مِنَ

(١) فى الأصل ، م : « تقدر » .

(٢) فى ر ١ : « عمر » .

(٣) إبراهيم بن محمد بن الحارث ، الإمام الثقة المأمون ، توفى سنة خمس وثمانين ومائة . تهذيب التهذيب ١/١٥١ - ١٥٣ .

الشرح الكبير

وكَرِهُوا ذلك ؛ لِما كانَ مِن إيقافِ عمرَ وأصْحابِه الأرَضِينَ المَحْبُوسَةَ على آخِرِ هذه الأُمَّةِ مِن المُسْلِمينَ ، لا تُباعُ ولا تُورَثُ ، قُوَّةً على جِهادِ مَن لم يُظْهَرْ عليه بعدُ مِن المُشْرِكِينَ . وقال الثَّوْرِىُّ : إذا أقَرَّ الإِمامُ [٢٢٨/٣ظ] أهلَ العَنْوَةِ فى أرْضِهم تَوارَثُوها وتَبايَعُوها . ورُوِىَ نحوُ هذا عن ابنِ سِيرِينَ ، والقُرَظِىِّ ؛ لِما رَوَى عبدُ الرحمنِ بنُ زَيْدٍ ، أنَّ ابنَ مَسْعُودٍ اشْتَرَى مِن دِهْقانَ أرْضًا على أنْ يَكْفِيَهُ جِزْيَتَها[1] . ورُوِىَ عنه أنَّه قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن التَّبَقُّرِ[2] فى الأَهْلِ والمالِ . ثم قال عبدُ اللهِ : وكيفَ بمالٍ براذانَ[3] ، وبِكَذا وكَذَا[4] ! وهذا يَدُلُّ على أنَّ له مالًا بِرَاذانَ[3] . ولأنَّها أرْضٌ لهم ، فَجازَ بَيْعُها ، كأرْضِ الصُّلْحِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنّه قال : كان الشِّراءُ أسْهلَ ، يَشْتَرِى الرَّجُلُ ما يَكْفِيهِ ويُغْنِيهِ

الإنصاف

الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايةِ » : وكمِصْرَ فى الأشْهَرِ فيها .

فائدة : لو حكَم بصِحَّةِ البَيْعِ حاكِمٌ ، (٥أو رأى الإمامُ المَصْلَحَةَ فيه فَباعَه٥) ، صحَّ ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وإنْ أقْطَعَ الإمامُ هذه الأرْضَ ، أو وقَفَها ، فقيل : يصِحُّ . وقال فى « النَّوادِرِ » : لا يصِحُّ . قلتُ : الصَّوابُ أنَّ حُكْمَ الوَقْفِ حُكْمُ البَيْعِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وقال الشَّيْخُ

---

(١) الأموال ، لأبى عبيد ٧٨ .

(٢) التبقر : التوسع والتفتح .

(٣) فى ق ، م : « بزاذان » .

وهى قرية بنواحى المدينة . ذكر ياقوت أنها جاءت فى حديث عبد الله بن مسعود . معجم البلدان ٢/ ٧٣٠ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٤٣٩ . وذكره أبو عبيد ، فى غريب الحديث ٢/ ٥١ ، ٥٢ .

(٥ - ٥) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

عَنِ النّاسِ ، وهو رَجُلٌ مِن المُسْلِمِينَ . وكَرِهَ البَيْعَ . قال شَيْخُنا[1] : وإنَّما رَخّصَ فى الشّراءِ ، واللهُ أَعْلَمُ ، لأَنَّ بعضَ الصّحابَةِ اشْتَرَى ، ولم يُسْمَعْ عنهم البَيْعُ ، ولأَنَّ الشِّراءَ اسْتِخْلاصٌ للأَرْضِ ، لِيَقُومَ فيها مَقامَ مَن كانت فى يَدِه ، والبَيْعُ أَخْذُ عِوَضٍ عَمّا لا يَمْلِكُه ولا يَسْتَحِقُّه ، فلا يَجُوزُ . ولَنا ، إجْماعُ الصَّحابَةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّه رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا تَشْتَرُوا رَقِيقَ أَهْلِ الذِّمَّةِ ولا أَرَضِيهم[2] . وقال الشَّعْبِىُّ : اشْتَرَى عُتْبَةُ بنُ فَرْقَدٍ أرْضًا على شاطِئِ الفُرَاتِ ، لِيَتَّخِذَ فيها قَصَبًا ، فذَكَرَ ذلك لعمرَ ، فقال : مِمَّن اشْتَرَيْتَها ؟ قال : مِن أرْبابِها . فلمَّا اجْتَمَعَ المُهاجِرُونَ والأَنْصارُ ، قال : هؤُلاءِ أَرْبَابُها ، فهل اشْتَرَيْتَ منهم شَيْئًا ؟ قال : لَا . قال : فارْدُدْهَا على[3] مَن اشْتَرَيْتَها منه ، وخُذْ مالَكَ[4] . وهذا قولُ عمرَ فى المُهاجِرِينَ والأَنْصارِ ، بمحضرِ سادَةِ الصَّحابَةِ وأَئِمَّتِهم ، فلم يُنْكَرْ ، فكان إجْماعًا ، ولا سَبِيلَ إلى وُجُودِ إجماعٍ أَقْوَى مِن هذا وشِبْهِه ، إذ لا سَبِيلَ إلى نَقْلِ قَوْلِ جَمِيعِ الصَّحابَةِ فى مَسْأَلَةٍ ، ولا إلى

الإنصاف

تَقِىُّ الدِّينِ : لو جعَلَها الإمامُ فَيْئًا ، صار ذلك حُكْمًا باقِيًا فيها دائمًا ، وأنَّها لا تعُودُ إلى الغانِمين .

---

(١) فى : المغنى ٤/١٩٣ .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى شراء أرض الخراج ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٢١١ . وعبد الرزاق ، فى : باب كم يؤخذ منهم فى الجزية ، وباب المسلم يشترى أرض اليهود ثم تؤخذ منه أو يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ١٠/٣٣٠ ، ٣٣٧ .

(٣) فى م : « إلى » .

(٤) الأموال ٨٧ .

الشرح الكبير

نَقْلِ قَوْلِ العَشَرةِ ، ولم يُوجَدِ الإجْماعُ إلَّا القولَ المُنْتَشِرَ . فإن قيل : فقد خالَفَه ابنُ مَسْعُودٍ بما ذُكِرَ عنه . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ المُخالَفَةَ . وقَوْلُهم : اشْتَرَى . قُلْنا : المرادُ به اكْتَرَى . كذا قال أبو عُبَيْدٍ[1] . والدَّلِيلُ عليه قولُه : على أن يَكْفِيَه جِزْيَتَها . ولا يكونُ مُشْتَرِيًا لها وجِزْيَتُها على غَيْرِه . وقد رَوَى عنه القاسِمُ أنَّه قال : مَن أقَرَّ بالطَّسْقِ[2] فقد أقَرَّ بالصَّغارِ والذُّلِّ[3] . وهذا يَدُلُّ على أنَّ الشِّراءَ هنا الاكْتِراءُ . وكذلك كُلُّ مَن رُوِيَت عنه الرُّخْصَةُ فى الشِّراءِ محمولٌ على ذلك. وقولُه: فكيف بمالٍ برَاذَانَ. ليس فيه ذِكْرُ الشِّراءِ، [4]ولا أنَّ[4] المالَ الأَرْضُ، فَيَحْتَمِلُ أنّه أرادَ مِن السَّائِمَةِ أو الزَّرْعِ أو نحوِه، ويَحْتَمِلُ أنّه أرادَ أَرْضًا اكْتَرَاهَا، وقد يَحْتَمِلُ أنّه أرادَ بذلك غيرَه، وقد يَعِيبُ الإنْسانُ الفِعْلَ المَعِيبَ مِن غيرِه. جوابٌ ثانٍ، [٢٢٩/٣و] أنّه تَناوَلَ الشّراءَ، وبَقِيَ قولُ عمرَ فى النَّهْىِ عن البَيْعِ غيرَ مُعارَضٍ، وأَمَّا المَعْنَى فلأنَّها مَوْقُوفَةٌ، فلم يَجُزْ بَيْعُها، كسائِرِ الوقوفِ، والدَّلِيلُ على وَقْفِها النقلُ والمعنى؛ أمّا النَّقْلُ، فما نُقِلَ مِن الأخْبارِ أنَّ عمرَ لم يَقْسِمِ الأَرْضَ التى افْتَتَحَها، وتَرَكَها لتكونَ مادَّةً للمسلمين الذين يُقاتِلُونَ فى سبيلِ اللهِ إلى يومِ القِيامَةِ، وقد نقلنا بعضَ ذلك، وهو مَشْهُورٌ تُغْنِى شُهْرَتُه عن

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدهما ، يَحْتَمِلُ قوْلُه : إلَّا المَساكِنَ . أنَّها سواءٌ كانت مُحْدَثَةً بعدَ

(١) فى : الأموال ٧٨ .
(٢) الطسق : ما يوضع من الخراج على الجربان .
(٣) الأموال ٧٨ .
(٤ - ٤) فى م : « ولأن » .

الشرح الكبير

نَقْلِه . وأمّا المَعْنَى فِلأنَّها لو قُسِمَتْ لكانت للذين افْتَتَحُوها ، ثم لِوَرَثَتِهِم[1] ولِمَن انْتَقَلَتْ إليه عنهم ، و لم تَكُنْ مُشْتَرَكَةً بينَ المسلمين ، ولأنَّه لو قُسِمَتْ لنُقِلَ ذلك و لم يَخْفَ بالكُلِّيَّةِ . فإن قِيلَ : فهذا لا يَلْزَمُ منه الوَقْفُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه تَرَكَها للمسلمين عامَّةً ، فتكونُ فَيْئًا للمسلمين ، والإمامُ نائِبُهم ، فيَفْعَلُ ما يَرَى فيه المَصْلَحَةَ ، مِن بَيْعٍ وغيرِه ، ويَحْتَمِلُ أنّه تَرَكَها لأرْبابِها ، كما فَعَلَ النَّبىُّ ﷺ بمكَّةَ . قُلْنا : أمّا الأوَّلُ فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ عمرَ إنَّما تَرَكَ قِسْمَتَها لتَكُونَ مادَّةً للمسلمين كلِّهم ، يَنْتَفِعُونَ بها مع بَقاءِ أصْلِها ، وهذا مَعْنَى الوَقْفِ ، ولو جازَ تَخْصِيصُ قَوْمٍ بأَصْلِها ، لكانَ الذين افْتَتَحُوهَا أحَقَّ بها ، ولا يَجُوزُ أنْ يَمْنَعَها أَهْلَها لمَفْسَدَةٍ ، ثم يَخُصَّ بها غَيْرَهم مع وجُودِ المَفْسَدَةِ المانِعَةِ . والثانِى أظْهَرُ فَسادًا مِن الأَوَّلِ ؛ لأنَّه إذا مَنَعَها المسلمين المُسْتَحِقِّينَ ، كيف يَخُصُّ بها أهْلَ الذِّمَّةِ المُشْرِكِينَ الذين لا حَقَّ لهم ولا نَصِيبَ ؟.

فصل : وإذا بِيعَتْ هذه الأَرْضُ ، فحَكَمَ بِصِحَّةِ البَيْعِ حاكِمٌ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه ، فصَحَّ بحُكْمِ الحاكِمِ ، كسائِرِ المُخْتَلَفاتِ . وإن باعَ

الإنصاف

الفَتْحِ ، أو مِن جُمْلَةِ الفَتْحِ . وهو اخْتِيارُ جماعَةٍ مِنَ الأصحابِ . قاله فى « الفُروعِ » ، ويَحْتَمِلُه كلامُه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . نقَل ابنُ الحَكَمِ ، فى مَن أوْصَى بثُلُثِ مِلْكِه ، وله عَقارٌ فى أرْضِ السَّوادِ ، قال : لا تُباعُ أرْضُ السَّوادِ ،

---

(١) فى م : « لورثته » .

الشرح الكبير

الإمامُ شَيْئًا لمَصْلَحَةٍ رَآها ، مثلَ أن يكونَ فى الأَرْضِ ما يَحْتاجُ إلى عمارَتِه ، ولا يَعْمُرُها إلَّا مَن يَشْتَرِيها ، صَحَّ أيضا ؛ لأَنَّ فِعْلَ الإمامِ كحُكْمِ الحاكِمِ . وقد ذَكَر ابنُ عائِذٍ[1] فى كتابِ « فتوحِ الشامِ » قال : قال غيرُ واحِدٍ مِن مشايخِنا : إنَّ الناسَ سَأَلُوا عبدَ المَلِكِ ، والوليدَ ، وسليمانَ ، أن يَأْذَنُوا لهم فى شِراءِ الأَرْضِ مِن أهلِ الذِّمَّةِ ، فأَذِنُوا لهم على إدخالِ أثْمَانِها فى بَيْتِ المالِ ، فلَمَّا وَلِىَ عمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ أعْرَضَ عن تلك الأَشْرِيَةِ ؛ لاخْتِلاطِ الأُمُورِ فيها ؛ لِما وَقَعَ فيها مِن المَوارِيثِ ومُهُورِ النِّساءِ ، وقضاءِ الدُّيُونِ ، ولمّا لم يقدِرْ على تَخْلِيصِه ولا مَعْرِفَةِ ذلك ، كَتَبَ كِتابًا قُرِئَ على النَّاسِ [2] سَنَةَ مائةٍ [2] : إنَّ مَن اشْتَرَى شيئًا بعدَ سنةِ مائَةٍ ، فإنَّ بَيْعَه مَرْدُودٌ . وسَمَّى سَنَةَ مائةٍ سَنَةَ المُدَّةِ ، فتَنَاهَى النّاسُ عن شِرائِها ، ثم اشْتَرَوْا أَشْرِيَةً كَثِيرَةً[3] كانت بأيْدِى أَهْلِها ، تُؤَدِّى العُشْرَ ولا جِزْيَةَ عليها ، فلما أفْضَى الأَمْرُ إلى المَنْصُورِ ، ورُفِعَتْ إليه تلك الأَشْرِيَةُ ، وأنَّ ذلك أضَرَّ بالخراجِ وكَسَرَهُ ، فأرادَ رَدَّها إلى أهْلِها ، فقيلَ له : قد وَقَعَتْ فى المَوارِيثِ والمُهُورِ ، واخْتَلَطَ أمْرُها . فبَعَثَ المُعَدِّلين ، منهم ؛ عبدُ اللهِ بنُ يَزِيدَ إلى حِمْصَ ، وإسْماعِيلُ بنُ عَيَّاشٍ[4] إلى بَعْلَبَكَّ ،

الإنصاف

إلَّا أنْ تُباعَ آلَتُها . ونقَل المَرُّوذِيُّ المَنْعَ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ

---

(١) محمد بن عائذ بن عبد الرحمن الدمشقى الكاتب ، ولى خراج غوطة دمشق للمأمون ، وتوفى سنة ثلاث وثلاثين أو أربع وثلاثين ومائتين . الوافى بالوفيات ٣ / ١٨١ . تهذيب التهذيب ٩ / ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « كبيرة » .

(٤) فى م : « عباس » .

الشرح الكبير

وهِضابُ [٢٢٩/٣ظ] بنُ طَوْقٍ ، ومُحْرِزُ بنُ زُرَيْقٍ إلى الغُوطَةِ . وأمَرَهُم أن لا يَضَعُوا على القَطائعِ والأشْرِيَةِ القَدِيمَةِ خَراجًا ، ومَنَعُوا الخَراجَ على ما بَقِيَ بأَيْدِى الأنْباطِ[1] ، وعلى الأَشْرِيَةِ المُحْدَثَةِ مِن بعدِ[2] سنةِ مائةٍ إلى السَّنَةِ التى عدّلَ فيها . فعلى هذا يَنْبَغِى أن يَجْرِىَ[3] ما باعَهُ إمامٌ ، أو بِيعَ بإذْنِه ، أو تَعَذَّرَ رَدُّ بَيْعِه هذا المَجْرى[4] فى أن يُضْرَبَ عليه خَراجٌ بقَدْرِ ما يَحْتَمِلُه ، ويُتْرَكَ فى يَدِ مُشْتَرِيه ، أو مَن انْتَقَلَ إليه ، إلَّا ما بِيعَ قبلَ المائَةِ سَنَةٍ ، فإنَّه لا خَراجَ عليه ، كما نُقِلَ فى هذا الخَبرِ .

فصل : وحُكْمُ إقْطاعِ هذه الأرْضِ حُكْمُ بَيْعِها ، فى أنّ ما كان مِن عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، أو ممَّا كان قبلَ مائَةِ سَنَةٍ ، فهو لأَهْلِه ، وما كان بعد المائَةِ ، ضُرِبَ عليه الخراجُ ، كما فَعَلَ المَنْصُورُ ، إلَّا أن يكونَ بغيرِ إذْنِ الإمامِ ، فيكونَ باطِلًا ، وذَكَرَ ابنُ عائذٍ فى كتابه بإسْنادِه ، عن سليمانَ

الإنصاف

القاضى ، و « المُنْتَخَبِ » ، وغيرِهما ، التَّسْوِيَةُ . وجزَم به صاحِبُ « المُحَرَّرِ » . انتهى . والذى قدَّمه فى « الفُروعِ » التَّفْرِقَةُ ، فقال : وبَيْعُ بِناءٍ ليس منها ، وغَرْسٍ مُحْدَثٍ ، يجُوزُ . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وكلامِ أكثرِ الأصحابِ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ إخْراجُ ما لوْلاه [٥١/٢ظ] لدَخلَ ، والمُصَنِّفُ لم يذْكُرْ إلَّا ما فُتِحَ عَنْوةً ، فأمَّا المُحْدَثُ فما دخل ليُسْتَثْنَى . ونقَل المَرُّوذِىُّ ويَعْقُوبُ المَنْعَ ؛ لأَنَّه تَبَعٌ ، وهو ذَرِيعَةٌ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ الرِّوايتَيْن فى البِناءِ . وجوَّزه فى غَرْسٍ .

---

(١) الأنباط : فلّاحو العجم .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « يجزئ » .

(٤) فى م : « المجزئ » .

الشرح الكبير

ابنِ عُتْبَةَ أنَّ أميرَ المُؤْمِنِينَ عبدَ اللهِ بنَ محمدٍ ، أظُنُّه المَنْصُورَ ، سأَلَه فى مَقْدِمِه الشامَ سنةَ ثلاثٍ أو أرْبَعٍ وخَمْسِينَ عن الأَرَضِين التى بأَيْدِى أبناءِ الصَّحابَةِ ، يَذْكُرُون أنّها قَطائِعُ لآبائِهم قَدِيمَةٌ . فَقُلْتُ : ياأميرَ المُؤْمِنِين ، إنَّ اللهَ تعالى لمّا أَظْهَرَ المسلمين على بلادِ الشام ، وصالَحُوا أَهْلَ دِمَشْقَ وأهْلَ حِمْصَ ، كَرِهُوا أنْ يَدْخُلوها دُونَ أن يَتِمَّ ظُهُورُهم وإثْخانُهم فى عَدُوِّ اللهِ ، وعَسْكَرُوا فى مَرْجِ [(١)] بَرَدَى ، بين المِزَّةِ [(١)] إلى مَرْجِ شعبانَ [(٢)] جَنْبَتَىْ بَرَدَى ، مُرُوجٌ كانت مُباحَةً فيما بينَ أَهْلِ دِمَشْقَ وقُرَاهَا ، ليست لأَحَدٍ منهم ، فأَقامُوا بها حتى أوْطَأَ اللهُ بهم المُشْرِكِينَ قَهْرًا وذُلًّا ، فأَحْيَا [(٣)] كُلُّ قَوْمٍ مَحَلَّتَهم [(٤)] ، وَهيَّئُوا فيها بناءً ، فرُفِعَ إلى عمرَ ، فأَمْضَاهُ عمرُ لهم ، وأَمْضَاهُ عثمانُ مِن بَعْدِه إلى وِلايَةِ أميرِ المؤمنين . قال : فقد أَمْضَيْنَاهُ لهم . وعن الأَحْوَصِ بنِ حكيمٍ ، أنَّ المسلمين الذين فَتَحُوا حِمْصَ لم يَدْخُلوها ، وعَسْكَرُوا على نَهْرِ الأُرُنْدِ [(٥)] فأَحْيَوْهُ ، فأَمْضاهُ لهم عمرُ وعثمانُ ، وقد كان أُناسٌ منهم تَعَدَّوْا

الإنصاف

وما قدَّمه فى « الفُروعِ » هو ظاهِرُ كلامِه فى « الكافِى » ، فإنَّه قال : فأمَّا المَساكِنُ فى المَدائنِ ، فيَجُوزُ بَيْعُها ؛ لأنَّ الصَّحابَةَ اقْتَطَعُوا الخُطَطَ فى الكُوفَةِ والبَصْرَةِ فى زَمَنِ عمرَ ، وبَنَوْها مَساكِنَ وتَبايَعُوها مِن غيرِ نَكيرٍ ، فكانتْ إجْماعًا . انتهى . واقْتَصرَ على هذا الدَّليلِ . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ . الثانى ، قولُه : وأَرْضًا مِنَ

(١ - ١) فى م : « بردان المرة » .

(٢) فى ر ١ : « عمان » .

(٣) فى م : « فاختبأ » .

(٤) فى م : « محلهم » .

(٥) فى م : « الأوند » والأُرُنْد : اسم نهر إنطاكية ، وهو نهر الرستن المعروف بالعاصى . معجم البلدان ١٦٢/١ .

الشرح الكبير

ذاك إلى [(1] جِسْرِ الأُرُنْدِ [1)] ، الذى على باب الرَّسْتَنِ [2]، فَعَسْكَرُوا فى مَرْجِه [3]؛ مَسْلَحَةً لمَن خَلْفَهُم مِن المسلمين، فلمَّا بَلَغَهُم ما أَمْضَاهُ عمرُ للمُعَسْكِرِينَ على نَهرِ الأُرُنْدِ ، سَألُوا أن يُشْرِكُوهم فى تلك القَطائِعِ ، فكُتِبَ إلى عمرَ فيه ، فكَتَبَ أنْ يُعَوَّضُوا مثلَه مِن المُرُوجِ التى كانوا عَسْكَرُوا فيها على بابِ الرَّسْتَنِ ، فَلم تَزَلْ تلك القَطائِعُ على شاطِئِ الأُرُنْدِ ، وعلى باب حِمْصَ ، وعلى بابِ الرَّسْتَنِ ماضِيَةً لأَهْلِها ، لا خَراجَ عليها ، تُؤَدِّى العُشْرَ .

فصل : وهذا الذى ذَكَرْنَاهُ فى الأَرْضِ المُغَلَّةِ ، أَمَّا المَساكِنُ فلا بَأْسَ بحِيَازَتِها وبَيْعِها وشِرائِها وسُكْنَاهَا . قال أبو عُبَيْدٍ [4] : ما عَلِمْنا أحَدًا كَرِه ذلك ، وقد اقْتُسِمَتِ الكُوفَةُ [5] خُطَطًا [٣/٢٣٠و] فى زمَنِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، بإذْنِه ، والبَصْرَةُ ، وسَكَنَها أصحابُ رسولِ اللهِ ﷺ ، وكذلك الشامُ ومصرُ وغيرُهما مِن البُلْدانِ ، فما عابَ ذلك أحدٌ ولا أَنْكَرَه .

الإنصاف

العِراقِ فُتِحَتْ صُلْحًا . يعْنِى ، أنَّه يجُوزُ بَيْعُ هذه الأَرْضِ ، لكنْ بشَرْطِ أنْ يكونَ لأَهْلِها ، كما مَثَّل به المُصَنِّفُ . ولا يصِحُّ بَيْعُ ما فُتِحَ عَنْوَةً ونحوِه ، وكذلك كلُّ أرْضٍ أسْلَمَ أهْلُها عليها ، كالمَدينَةِ وشِبْهِها ؛ لأنَّها مِلْكٌ لهم . وقوْلُ المُصَنِّفِ :

(١ - ١) فى م : « حبس الأوند » .

(٢) فى م : « الرتبتين » . والرستن : بليدة قديمة كانت على نهر الميماس ، وهو المعروف بالعاصى ، الذى يمر قدام حماة ، والرستن بين حماة وحمص . معجم البلدان ٢/ ٧٧٨ .

(٣) فى م : « برجه » .

(٤) بنحوه فى : الأموال ٨٥ .

(٥) فى م : « بالكوفة » .

المقنع

وَيَجُوزُ إِجَارَتُهَا . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ كَرِه بَيْعَهَا ، وَأَجَازَ شِرَاءَهَا .

الشرح الكبير

فصل : وكذلك ما فُتِحَ صُلْحًا بشَرْطِ أن يكونَ لأَهْلِه ، كأَرْضِ الحِيرَةِ ، وأُلَّيْسٍ ، وبانِقْيا ، وأَرْضِ بنى صلوبَا ، وما فى مَعْناها ، فيجوزُ بَيْعُها ؛ لأَنَّها مِلْكٌ لأَهْلِها ، فهى كالمَساكِنِ ، وكذلك كُلُّ أرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُها عليها ، كأَرْضِ المَدِينَةِ وشِبْهِها ، فإنَّها مِلْكٌ لأَهْلِها ، يجوزُ لهم بَيْعُها كذلك .

١٥٦٢ – مسألة : (وتَجُوزُ إجارَتُها) لأَنَّها مُسْتأْجَرَةٌ فى أَيْدِى أَرْبَابِها ، وإجارَةُ المُسْتأْجِرِ جائِزَةٌ ، على ما نَذْكُرُه فى مَوْضِعِه إن شاءَ اللهُ تعالى . (وعن أحمدَ ، أنه كَرِهَ بَيْعَها) لِما ذَكَرْنَا (وأجازَ شِراءَها) لأَنَّه كالاسْتِنْقاذِ لها ، فجازَ ، كشِراءِ الأَسِيرِ ، ولأَنَّه قد رُوِىَ عن بعضِ الصَّحابَةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، على ما ذَكَرْنا فى المَسْأَلَةِ التى قَبْلَها . وإذا قُلْنَا بِصِحَّةِ الشِّرَاءِ ، فإنَّها تكُونُ فى يدِ المُشْتَرِى على ما كانت فى يَدِ البائِعِ ، يُؤَدِّى خَراجَها ، ويكونُ مَعْنَى الشِّراءِ ههُنا نَقْلَ اليَدِ مِن البائِعِ إلى المُشْتَرِى بعِوَضٍ ، إلَّا ما كانَ قبلَ مائَةِ سَنَةٍ ، أو ما كان مِن إقْطاعِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، على ما ذَكَرْناهُ . فإنِ اشْتَرَاها وشَرَطَ الخَراجَ على البائِعِ ،

الإنصاف

ولا يصِحُّ بَيْعُ ما فُتِحَ عَنْوةً . لكَوْنِ عمرَ وقَفَها . وكذا حُكْمُ كلِّ مَكانٍ وُقِفَ ، كما تقدَّم فى باب حُكْمِ الأَرَضِين المَغْنُومَةِ .

قوله : وتَجُوزُ إجارَتُها . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . وعنه ، لا يجوزُ . ذكَرَها القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « المُنْتَخَبِ » ،

المقنع وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ رِبَاعِ مَكَّةَ ، وَلَا إِجارَتُها . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير كما فَعَلَ ابنُ مَسْعُودٍ ، فهو كِراءٌ لا شِراءٌ ، ويَنْبَغِى أن يَشْتَرِطَ بيانَ مُدَّتِه ، كسائِرِ الإجَارَاتِ .

١٥٦٣ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ رِباعِ مَكَّةَ ، ولا إجارَتُها . وعنه ، يَجُوزُ ذلك) اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فى بَيْعِ رِباعِ مَكَّةَ وإجارَةِ دُورِها ، فرُوِىَ أنَّ ذلك غيرُ جائِزٍ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبِى عُبَيْدٍ . وكَرِهَه إسحاقُ ؛ لِما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ فى مَكَّةَ : « لا تُبَاعُ رِبَاعُها ، وَلَا تُكْرَى بُيُوتُها » . رَواهُ الأثْرَمُ[1] . وعن مُجاهِدٍ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنه قال : « مَكَّةُ حَرامٌ بَيْعُ رِباعِها ، حرامٌ إجارَتُها » . رَواهُ سَعِيدُ بنُ مَنْصُورٍ فى « سُنَنِه » . ورُوِىَ أنَّها كانت تُدْعَى السَّوائِبَ ، على عَهْدِ رسولِ اللهِ

الإنصاف وغيرُهم . واخْتارَ فى « التَّرْغيبِ » إجارَتَها مُؤَقَّتَةً .

قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ رِباعِ مَكَّةَ ، ولا إجارَتُها . هذا المذهبُ المَنْصُوصُ ، وهو مَبْنِىٌّ على أنَّ مَكَّةَ فُتِحَتْ عَنْوَةً . على الصَّحيحِ مِنَ الطَّرِيقَتَيْن . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، فُتِحَتْ صُلْحًا . وقال ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِهِ » : وأكثرُ مَكَّةَ فُتِحَ عَنْوَةً . فعلى المذهبِ ، لايجوزُ بَيْعُ رِباعِها –وهى المَنْزِلُ ، ودارُ الإقامَةِ –ولا إجارَتُها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : يجُوزَان . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ جَوازَ بَيْعِها فقط ، واخْتارَه فى « الهَدْىِ » . وعنه ، يجوزُ الشِّراءُ

---

(١) أورده الهيثمى ، وقال : رواه الطبرانى فى الكبير ، وفيه إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر وهو ضعيف . مجمع الزوائد ٢٩٧/٣ . وأخرجه الحاكم ، فى : المستدرك ٥٣/٢ .

الشرح الكبير

ﷺ . ذَكَرَه مُسَدَّدٌ فى « مُسْنَدِه »(١) . ولأنَّها فُتِحَت عَنْوَةً و لم تُقْسَمْ ، فصارَت مَوْقُوفَةً ، فلم يَجُزْ بَيْعُها ، كسائِرِ الأَرْضِ التى فَتَحَها المُسْلِمُون عَنْوَةً و لم يَقْسِمُوهَا . ودَلِيلُ أنّها فُتِحَت عَنْوَةً قولُ رسولِ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ حَبَسَ عن مَكَّةَ الفِيلَ ، وسَلَّطَ عليها رَسُولَه والمُؤْمِنينَ ، وإنّها لم تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِى ، ولا تَحِلُّ لأَحَدٍ بَعْدِى ، وإنَّما حَلَّتْ لى ساعَةً مِن نَهارٍ » . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . ورَوَتْ أُمُّ هانِئٍ ، أنَّها قالت : أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لى ، فأَرادَ عَلِىٌّ أخِى قَتْلَهما ، فأَتَيْتُ رسُولَ اللهِ ﷺ ، فقُلْتُ : يارَسُولَ اللهِ ، إنِّى [٣/٢٣٠ظ] أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لى ، فزَعَمَ ابنُ أُمِّى عَلِىٌّ أنّه قاتِلُهما . فقال النبىُّ ﷺ : « قد أجَرْنَا مَنْ أجَرْتِ ، وأَمَّنَّا مَنْ أَمَّنْتِ » . مُتَّفَقٌ عليه(٣) . وكذلك أمَرَ النبىُّ ﷺ بقَتْلِ أَرْبَعَةٍ ، فَقُتِلَ منهم ابنُ خَطَلٍ ، ومِقْيَسُ بنُ

الإنصاف

لحاجَةٍ . وعلى المذهبِ أيضًا ، لو سكَن بأُجْرَةٍ ، لم يأْثَمْ بدَفْعِها . على الصَّحيحِ مِنَ الرِّوايتَيْن . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ . وعنه ، إنْكارُ عدَمِ الدَّفْعِ . جزَم به القاضى ؛ لالْتِزامِه . وقال أحمدُ : لا يَنْبَغِى لهم أخْذُه . قلتُ : يُعايَى بهذه المَسْأَلَةِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقال : ويَتَوَجَّهُ مِثْلُه فى مَن عامَلَ بعِينَةٍ ونحوِها فى الزِّيادَةِ عن رأْس مالِه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : هى ساقِطَةٌ يَحْرُمُ بذْلُها ، ومَن

(١) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر بيوت مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/١٠٣٧ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب كيف تعرف لقطة مكة ، من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ١/٣٨ ، ٣/١٦٤ ، ١٦٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها ...، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/٤٦٥ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٣٨ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/٣٤٣ .

الشرح الكبير

صُبَابَةَ[1] ، فدَلَّ على أنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً . والرِّوَايَةُ الثانِيَةُ ، أنَّه يَجُوزُ ذلك . رُوِىَ ذلك عن طاوُسٍ ، وعَمْرِو بن دِينارٍ . وهو قَوْلُ الشّافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وهو أظْهَرُ فى الحُجَّةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لَمّا قيلَ له: أين تَنْزِلُ غَدًا؟ قال: «وهل تَرَكَ لَنا عَقِيلٌ مِن رِباعٍ؟». مُتَّفَقٌ عليه[2]. يَعْنِى أنَّ عَقِيلًا باعَ رِباعَ أبى طالِبٍ؛ لأنَّه وَرِثَه دُونَ إخْوَتِه، لكَوْنِه كان على دِينِه دُونَهما، ولو كانت غيرَ مَمْلُوكَةٍ، لمَا أثَّرَ بَيْعُ عَقِيلٍ شيئًا، ولأنَّ أصْحابَ النبىِّ ﷺ كانت[3] لهم دُورٌ بمكَّةَ؛ لأبى[4] بَكْرٍ، والزُّبَيْرِ، وحكيمِ بنِ حِزَامٍ، وأبى سُفْيَانَ، وسائِرِ أهْلِ مَكَّةَ، فمنهم مَن باعَ، ومنهم مَن تَرَكَ دارَه، فهى فى يَدِ أعْقابِهم. وقد باعَ حَكِيمُ بنُ حِزَامٍ دارَ النَّدْوَةِ، فقال له ابنُ الزُّبَيْرِ: بِعْتَ مَكْرَمَةَ قُرَيْشٍ! فقال: يا ابنَ أخِى، ذَهَبَتِ المكارِمُ إلى التَّقْوَى. أو كما قال.

الإنصاف

عندَه فَضْلٌ ، نُزِلَ فيه ؛ لوُجوبِ بَذْلِه ، وإلَّا حَرُمَ . نصَّ عليه . نقَل حَنْبَلٌ وغيرُه ، سواءٌ العاكِفُ فيه والبَادِ ، وأنَّ مِثْلَه السَّوادُ وكلُّ عَنْوَةٍ . وعلى الرِّوايةِ الثَّانِيَةِ فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، يجُوزُ البَيْعُ والإجارَةُ . بلانِزاعٍ ، لكِنْ يُسْتَثْنَى مِن ذلك بِقاعُ المَناسِكِ ، كالمَسْعَى ، والمَرْمَى ، ونحوِهما . بلا نِزاعٍ . والطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، إنَّما يَحْرُمُ بَيْعُ رِباعِها وإجارَتُها ؛ لأنَّ الحَرَمَ حرِيمُ البَيْتِ والمَسْجِدِ الحَرامِ . وقد جعَلَه اللهُ للنَّاسِ

---

(1) فى م : « ضبابة » .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب توريث دور مكة وبيعها ... ، من كتاب الحج . صحيح البخارى ١٨١/٢ . ومسلم ، فى : باب النزول بمكة للحاج ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٤/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحصيب ، من كتاب الحج . سنن أبى داود ٤٦٣/١ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٢/٢ .

(3) سقط من : م .

(4) فى م : « كأبى » .

الشرح الكبير

واشْتَرَى معاويةُ منه دارَيْنِ . واشْتَرَى عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، دارَ السِّجْنِ مِن صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ بأَرْبَعَةِ آلافٍ[1] . ولم يَزَلْ أهلُ مَكَّةَ يَتَصَرَّفُونَ فى دُورِهِم تَصَرُّفَ المُلَّاكِ بالبَيْعِ وغَيْرِه ، ولم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا ، وقد قَرَّرَه النبىُّ ﷺ بِنِسْبَةِ دُورِهم إليهم ، فقال : « مَنْ دَخَلَ دارَ أبى سُفْيانَ فهو آمِنٌ ، ومَنْ أَغْلَقَ بابَه فهو آمِنٌ »[2] . وأَقَرَّهُم فى دُورِهِم ورِباعِهم ، ولم يَنْقُلْ أحَدًا عن دارِه ، ولا وُجِدَ منه ما يَدُلُّ على زَوالِ أَمْلاكِهِم ، وكذلك مَن بَعْدَه مِن الخُلفاءِ ، حتى إنَّ عمرَ مع شِدَّتِه فى الحَقِّ ، لمَّا احْتَاجَ إلى دارٍ للسِّجْنِ لم يَأْخُذْهَا إلَّا بالبَيْعِ . ولأنَّها أرْضٌ حَيَّةٌ لم يَرِدْ عليها صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فجازَ بَيْعُها ، كسائِرِ الأرْضِ ، وما رُوِىَ مِن الأحادِيثِ فى خِلافِ هذا ، فهو ضَعِيفٌ . وأمّا كَوْنُها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، فهو صَحِيحٌ لا يُمْكِنُ دَفْعُه ، إلَّا أنَّ النبىَّ ﷺ أقَرَّ أهْلَها فيها على أمْلاكِهم ورِباعِهم ، فيَدُلُّ

الإنصاف

سواءً العاكِفُ فيه والبَادِ ، فلا يجوزُ لأحَدٍ التَّخَصُّصُ بمِلْكِه وتَحْجِيرُه ، لكنْ إنِ احْتاجَ إلى ما فى يَدِه منه ، سكَنَه ، وإنِ اسْتَغْنَى عنه ، وجَب بَذْلُ فاضِلِه للمُحْتاجِ إليه . وهو مَسْلَكُ ابنِ عَقِيلٍ فى « نظَرِيَّاتِه » ، وسلَكَه القاضى فى « خِلافِه » . واختارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وتَرَدَّدَ كلامُه فى جَوازِ البَيْعِ ، فأَجازَه مرَّةً ، ومنَعَه أُخْرَى .

فائدة : الحَرَمُ كمَكَّةَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ [٢/٥٢و] « الرِّعايَةِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » .

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى العربان فى البيع ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧/٣٠٦ .
(٢) تقدم تخريجه فى ١٠/٣٤٩ .

الشرح الكبير

ذلك على أنَّه تركَها لهم ، كما تركَ لهوازِنَ نساءَهم وأبناءَهم . وعلى القولِ الأوَّلِ ، مَن كان ساكِنَ دارٍ أو مَنزِلٍ ، فهو أحقُّ به ، يَسْكُنُه ويُسْكِنُه ، وليس له بَيْعُه ، ولا أخذُ أُجْرَتِه ، ومَن احْتاجَ إلى مَسْكَنٍ فله بَذْلُ الأُجْرَةِ فيه ، وإنِ احْتَاجَ إلى الشِّراءِ فله ذلك ، كما فَعَلَ عمرُ رَضِيَ اللهُ عنه . وكان أبو عَبْدِ اللهِ إذا سَكَنَ أَعْطَاهُم أُجرَتَها . فإن سَكَنَ بأُجْرَةٍ جازَ أن لا يَدْفَعَ إليهم الأُجْرَةَ إن أمْكَنَه ؛ لأنَّهم لا يَسْتَحِقُّونَها . وقد رُوِىَ أنَّ سُفيانَ سَكَنَ فى بَعْضِ رِباعِ مَكَّةَ ، وهَرَبَ ، ولم يُعْطِهِمْ أُجْرَةً فأَدْرَكُوهُ ، فأَخَذُوها منه . وذُكِرَ لأحمدَ فعلُ سُفيانَ ، فَتَبَسَّمَ . فظاهِرُ هذا أنَّه أعْجَبَه . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهذا [٢٣١/٣و] الخِلافُ فى غيرِ مَواضِعِ المَناسِكِ . أمَّا بِقاعُ المَناسِكِ ، كمَوْضِعِ المَسْعَى والرَّمْىِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المَساجِدِ بغيرِ خِلافٍ .

فصل : ومَن بَنَى بِمَكَّةَ بآلةٍ مَجْلُوبَةٍ مِن غيرِ أرْضِ مَكَّةَ ، جازَ بَيْعُها ، كما يَجُوزُ بَيْعُ أبْنِيَةِ الوُقُوفِ وأنْقاضِها . وإن كانت مِن تُرابِ الحَرَمِ وحِجَارَتِه ، انْبَنَى جَوازُ بَيْعِها على الرِّوَايَتَيْن فى بَيْعِ رِباعِ مَكَّةَ ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لها ، وهكذا تُرابُ كُلِّ وَقْفٍ وأنْقاضُه . قال أحمدُ : وأمَّا البِناءُ بمَكَّةَ فإنِّى أكْرَهُه . قال إسحاقُ : البِناءُ بمَكَّةَ على وَجْهِ الاسْتِخْلاصِ لنَفْسِه ، لا

الإنصاف

وعنه ، له البِنَاءُ والانْفِرادُ به .

فائدةٌ أخرى : لاخَراجَ على مَزارِعِ مَكَّةَ ؛ لأنَّه جِزْيَةُ الأرْضِ . وقال فى « الانْتِصارِ » على الأُولَى : بل كسائرِ أرْضِ العَنْوَةِ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال

المقنع

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ مَاءٍ عِدٍّ ؛ كَمِيَاهِ الْعُيُونِ ، وَنَقْعِ الْبِئْرِ ، وَلَا مَا فِي الْمَعَادِنِ الْجَارِيَةِ ؛ كَالْقَارِ ، وَالْمِلْحِ ، وَالنِّفْطِ ، وَلَا مَايَنْبُتُ فِي أَرْضِهِ مِنَ الْكَلَأِ وَالشَّوْكِ ، وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُ شَيْئًا ، مَلَكَهُ .

الشرح الكبير

يَحِلُّ . وقد رُوِىَ أنَّ النبيَّ ﷺ قيلَ له : ألَا تَبْنِى لك بِمِنًى بَيْتًا ، فقال : « مِنًى مُنَاخُ مَن سَبَقَ »[1] .

١٥٦٤ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ كُلِّ ماءٍ عِدٍّ[2] ؛ كمياهِ العُيُونِ، ونَقْعِ البِئْرِ، ولا ما فى المعادِنِ الجارِيَةِ؛ مِن القار، والمِلْحِ، والنِّفْطِ، ولا ما يَنْبُتُ فى أَرْضِه مِن الكَلَأ والشَّوْكِ ، ومَن أخَذَ منه شيئًا ، مَلَكَه) أمَّا[3] الأنْهارُ النّابِعَةُ فى غيرِ مِلْكٍ ، كالأنْهارِ الكبارِ ، لا تُمْلَكُ بحالٍ ، ولا

الإنصاف

المَجْدُ : لا أعْلَمُ مَن أجازَ ضَرْبَ الخَراجِ عليها سِوَاه .

قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ كُلِّ ماءٍ عِدٍّ ؛ كمياهِ العُيونِ ، ونَقْعِ البِئْرِ ، ولا ما فى المعادِنِ الجارِيَةِ، كالقارِ، والمِلْحِ، والنِّفْطِ، ولا ما يَنْبُتُ فى أرْضِه مِنَ الكَلَأ والشَّوْكِ. هذا مَبْنِىٌّ على أصْلٍ ؛ وهو أنَّ الماءَ العِدَّ ، والمَعادِنَ الجارِيَةَ ، والكَلَأَ النَّابِتَ فى أرْضِه ، هل يُمْلَكُ بمِلْكِ الأرْضِ قبلَ حِيازَتِها أم لا يُمْلَكُ ؟ وفيهِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يُمْلَكُ قبلَ حِيازَتِها بما تُرادُ له . وهو المَذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ٤٦٦/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن منى مناخ من سبق ، من أبواب الحج . عارضة الأحوذى ١١١/٤ . وابن ماجه ، فى : باب النزول بمنى ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ١٠٠٠/٢ . والدارمى ، فى : باب كراهية البنيان بمنى ، من كتاب المناسك . سنن الدارمى ٧٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٧/٦ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٢) العِدُّ ، بالكسر : الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع ، كماء العين .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَجُوزُ بَيْعُها ، ولو دَخَلَ إلى أرْضِ رَجُلٍ لم يَمْلِكْه بذلك ، كالطَّيْرِ يدخُلُ إلى أَرْضِه ، ولِكُلِّ أَحَدٍ أخْذُه وتَمَلُّكُه ، إلَّا أن يَحْتَفِرَ منه ساقِيَةً ، فيكونَ أحَقَّ بها مِن غَيْرِه . وأمَّا ما يَنْبُعُ فى مِلْكِه، كالبِئْرِ، والعَيْنِ المُسْتَنْبَطَةِ، (١فنَفْسُ البِئْرِ١) ، وأرْضُ العَيْنِ مَمْلُوكَةٌ لمالِكِ الأَرْضِ، فالماءُ الذى فيها غيرُ مَمْلُوكٍ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأَنَّه يَجْرِى مِن تَحْتِ الأَرْضِ ، (٢إلى مِلْكِه٢) ، فأَشْبَهَ الماءَ الجارِىَ فى النَّهْرِ إلى مِلْكِه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحَابِ الشّافِعِىِّ . والوَجْهُ الآخَرُ يُمْلَكُ ؛ لأنَّه نماءُ المِلْكِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ نحوُ ذلك ، فإنّه قيلَ له فى رَجُلٍ له أرْضٌ ولآخَرَ ماءٌ ، فيَشْتَرِكُ صاحِبُ الأرْضِ وصاحِبُ الماءِ فى الزَّرْعِ ، يكونُ بَيْنَهما ؟ فقال : لا بَأْسَ . اخْتَارَه

الإنصاف

ظاهِرُ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائِق » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يُمْلَكُ ذلك بمُجَرَّدِ مِلْكِ الأَرْضِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والثَّمانِين » : وأكثرُ النُّصُوصِ عن أحمدَ تدُلُّ على المِلْكِ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . وتأْتِى هاتَان الرِّوايَتان فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ إحْياءِ المَواتِ ، وكثيرٌ مِنَ الأصحابِ ذكَرُوهما هناك . فعلى المذهبِ ، لايَجوزُ لمالِكِ الأَرْضِ بَيْعُ ذلك ، ولا يُمْلَكُ بعَقْدِ البَيْعِ ، لكِنْ يكونُ مُشْتَرِيه أحَقَّ به مِن غيرِه . وعلى المذهبِ أيضًا ، مَن أخَذ منه شيئًا ، ملَكَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، لكِنْ لا يجوزُ له دُخولُ مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِ رَبِّه ، ولو اسْتَأْذَنَه ،

(١ - ١) فى م : « بنفس النهر » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

أبو بكرٍ . وهذا يَدُلُّ مِن قَوْلِه على أنّ الماءَ مَمْلُوكٌ لصاحِبِه . وفى مَعْنَى الماءِ المعادِنُ الجَارِيَةُ فى الأَمْلَاكِ ؛ كالقارِ ، والنِّفْطِ ، والمُومِيَا ، والمِلْحِ . وكذلك الحُكْمُ فى الكَلَأ والشَّوْكِ النّابتِ فى أرْضِه ، فكذلك كُلُّه يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْن فى الماءِ . والصَّحِيحُ أنَّ الماءَ لا يُمْلَكُ ، فكذلك هذه . وجَوَازُ بَيْعِ ذلك مَبْنِيٌّ على مِلْكِه . قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِى بَيْعُ الماءِ أَلْبَتَّةَ . وقال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن قَوْمٍ بَيْنَهُم نَهْرٌ تَشْرَبُ منه أرَضُوهم ، لهذا يومٌ ، ولهذا يَوْمانِ ، يَتَّفِقُونَ عليه بالحِصَصِ ، فجاءَ يَوْمِى ولا أَحْتَاجُ إليه، أُكْرِيه بدَرَاهِمَ؟ قال: ما أدْرِى، أمّا النبىُّ ﷺ فنَهَى عن بَيْعِ الماءِ . قِيلَ له : إنّه ليس يَبِيعُه، وإنّما يُكْرِيه ، قال : إنَّما احْتَالُوا بهذا لِيُحَسِّنُوه ، فأىُّ شىءٍ هذا إلَّا البَيْعَ ! ورَوَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه عن جابرٍ ، وإياسِ بنِ عبدِ اللهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ [٢٣١/٣ظ] نَهَى أنْ يُباعَ الماءُ[1]. ورَوَى أبو عُبَيْدٍ[2]،

الإنصاف

حَرُمَ مَنْعُه إنْ لم يحْصُلْ ضررٌ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ أنَّه لا يَمْلِكُه بأَخْذِه ، وخرَّجه رِوَايَةً مِن أنَّ النَّهىَ يَمْنَعُ التَّمْليكَ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، يجُوزُ لمالكِ الأرْضِ التَّصرُّفُ فيه بسائرِ ما ينْقُلُ المِلْكَ ؛ لأنَّه مُتَوَلِّدٌ مِن أرْضِه ، وهى مَمْلُوكَةٌ له . وجوَّز

---

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع فضل الماء ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٩/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٢/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الماء ، وباب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٠/٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٨/٢ .

(٢) فى الأموال ٢٩٥ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٩/٢ . وابن ماجه ، فى : باب المسلمون شركاء فى ثلاث ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦٤/٥ .

المقنع إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ دُخُولُ مِلْكِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ بَيْعُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير والأثْرَمُ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فى ثلاثٍ ؛ فى النّارِ والكَلَأِ والمَاءِ » . فإنْ قُلْنَا : يُمْلَكُ . جازَ بَيْعُه ، وإنْ قُلْنَا : لا يُمْلَكُ . فصاحِبُ الأرْضِ أحَقُّ به مِن غيرِه ؛ لكَوْنِه فى مِلْكِه . فإن دَخَلَ غيرُه بغيرِ إذْنِه فأَخَذَه ، ملكَه ؛ لأنَّه يُباحُ فى الأَصْلِ ، فأَشْبَهَ ما لو عَشَّشَ فى أرْضِه طائِرٌ ، أو دَخَلَ إليها صَيْدٌ ، أو نَضَبَتْ عن سَمَكٍ ، فدَخَلَ إليها دَاخِلٌ ، فأَخَذَه .

١٥٦٥ - مسألة : (إلَّا أنَّه لا يَجُوزُ له الدُّخُولُ إلى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه) لأَنَّه تَصَرَّفَ فى ملكِ الغَيْرِ بغيرِ إذْنِه ، أشْبَهَ ما لو دَخَلَ لغيرِ ذلك . (وعنه ، يَجُوزُ بَيْعُه) وهذا مَبْنِىٌّ على أنَّه يُمْلَكُ ، وقد ذَكَرْنَاهُ .

الإنصاف ذلك الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى مُقْطَعٍ محْسُوبٍ عليه ، يريدُ تعْطِيلَ ما يَسْتَحِقُّه مِن زَرْعٍ وبَيْعِ الماءِ . قال فى « الاخْتِيَاراتِ » : ويجُوزُ بَيْعُ الكَلَأِ ونحوِه ، المَوْجُودِ فى أرْضِه ، إذا قصَد اسْتِنْباتَه . وعلى الرِّوايةِ الثَّانيةِ أيضًا ، لا يدْخُلُ الظَّاهِرُ منه فى بَيْعِ الأرْضِ إلَّا بشَرْطٍ ، سواءٌ قال : بحُقوقِها . أوْ لا . صرَّح به الأصحابُ . وذكَر المَجْدُ احْتِمالًا ، يدْخُلُ فيه ، جَعْلًا للقَرِينَةِ العُرْفِيَّةِ كاللَّفْظِ . وله الدُّخُولُ لرَعْىِ كَلَأٍ وأخْذِه ونحوِه ، إذا لم يُحَطْ عليها بلا ضَرَرٍ . نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ ، قال : لأنَّه ليس لأحَدٍ أنْ يمْنَعَه . وعنه ، مُطْلَقًا . نَقَلَه المَرُّوذِىُّ وغيرُه . وعنه ، عَكْسُه ، وهو قولُه : إلَّا أنَّه لايجُوزُ له دُخُولُ مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه . قال الحارِثِىُّ فى إحْياءِ المَواتِ ، وكذا قال غيرُه مِنَ الأصحابِ : ولا شَكَّ فى تَناوُلِها ما هو مَحُوطٌ وما

الشرح الكبير

فصل : والخِلافُ فى بَيْعِ ذلك إنّما هو قبلَ حِيازَتِه . فأمّا ما يَحُوزُه مِن الماءِ فى إنائِه ، أو يَأْخُذُه مِن الكَلأِ فى حَبْلِه ، أو يحُوزُه فى رَحْلِه ، أو يَأْخُذُه مِن المعادِنِ ، فإنّه يَمْلِكُه بذلك ، بغيرِ خِلافٍ بينَ أهْلِ العِلْمِ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « لأَنْ يَأْخُذَ أحَدُكُم حَبْلًا ، فيَأْخُذَ حِزْمَةً مِن حَطَبٍ فَيَبِيعَها ، فيَكُفَّ بها وَجْهَه ، خيرٌ له مِن أن يَسْأَلَ النّاسَ ، أُعْطِىَ أو مُنِعَ » . رَواهُ البُخارِىُّ[1] . وقد رَوَى أبو عُبَيْدٍ فى الأموالِ[2] عن المَشْيَخَةِ ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الماءِ ، إلَّا ما حُمِلَ منه . وعلى ذلك مَضَتِ العادَةُ فى الأَمْصارِ بِبَيْعِ الماءِ فى الزَّوايَا ، والحَطَبِ والكَلأِ مِن غيرِ نكيرٍ ، وليس لأَحَدٍ أن يَشْرَبَ منه ، ولا يَتَوَضَّأَ ، ولا يَأْخُذَ إلَّا بإذْنِ مالِكِه ؛ لأنّه مِلْكُه . قال أحمدُ : إنّما نُهِىَ عن بَيْعِ فَضْلِ ماءِ البِئْرِ والعُيُونِ فى قرارِه . ويَجُوزُ بَيْعُ البِئْرِ نَفْسِها والعَيْنِ ، ومُشْتَرِيها أحَقُّ بمائِها . وقد

الإنصاف

[٢/ ٥٢ ظ] ليس بمَحُوطٍ . ونصَّ على الإطْلاقِ مِن رِوايَةِ مُهَنَّا . وقيَّده فى « المُغْنِى » ، فى إحْياءِ المَواتِ ، بالمَحُوطِ . وهو المَنْصُوصُ مِن رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وهذا لا يخْتَلِفُ المذهبُ فيه . قال : فيُفِيدُ كَوْنَ التقْيِيدِ أشْبَهَ بالمذهبِ .

---

(١) فى : باب كسب الرجل وعمله بيده ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع الحطب والكلأ ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/ ٧٥ ، ١٤٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب كراهة المسألة للناس ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٧٢١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المسألة ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/ ١٩٣ . والنسائى ، فى : باب المسألة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٣/ ٧٠ . وابن ماجه ، فى : باب كراهية المسألة ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١/ ٥٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٦٧ ، ٢/ ٢٤٣ ، ٢٥٧ ، ٣٠٠ ، ٣٩٥ ، ٤١٨ ، ٤٧٥ ، ٤٩٦ .

(٢) الأموال ٣٠٢ .

الشرح الكبير

رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ يَشْتَرِى بئْرَ رُومَةَ ، يُوَسِّعُ بها على المُسْلِمِينَ ، وله الجَنَّةُ » . أوَ كما قال . فاشْتَرَاها عثمانُ بنُ عَفّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، مِن يَهُودِىٍّ بأمْرِ النبىِّ ﷺ وسَبَّلَها للمسلمين[1] . ورُوِىَ أنّ عثمانَ اشْتَرَى منه نِصْفَها باثْنَىْ عَشَرَ ألْفًا ، ثم قال لليَهُودِىِّ : اخْتَرْ ؛ إمّا أن تأْخُذَها يَوْمًا وآخُذَها يَوْمًا ، وإمّا أنْ تَنْصِبَ لك عليها دَلْوًا ، وأنْصِبَ عليها دَلْوًا ، فاخْتَارَ يَوْمًا ويَوْمًا ، فكان النّاسُ يَسْتَقُونَ منها فى يوم عثمانَ لليَوْمَيْنِ ، فقال اليَهُودِىُّ : أفْسَدْتَ عَلَىَّ بِئْرِى ، فاشْتَرِ باقِيَها . فاشْتَراه بثَمانِيَةِ آلافٍ . وفى هذا دَلِيلٌ على صِحَّةِ بَيْعِها وتَسْبِيلِها ، ومِلْكِ ما يَسْتَقِيه منها ، وجَوازِ قِسْمَةِ مائِها بالمُهايَأةِ[2] ، وكونِ مالِكِها أحَقَّ بمائِها ، وجوازِ قِسْمَةِ ما فيه حَقٌّ وليس بمَمْلُوكٍ .

فصل : فأمّا المَصانِعُ المُتَّخَذَةُ لِمياهِ الأمْطارِ تَجْتَمِعُ فيها ، ونَحْوُها مِن البِرَكِ وغيرِها ، فالأَوْلَى أنّه يُمْلَكُ ماؤُها ، ويَصِحُّ بَيْعُه [٢٣٢/٣و] إذا كان

الإنصاف

قال : والصَّحيحُ أنَّ الإذْنَ فيما عدَا المَحُوطِ لا يُعْتَبرُ بحالٍ . انتهى . وقال فى « القاعِدَةِ الثّالثَةِ والعِشْرِين » : هل يجُوزُ ذلك بغيرِ إذْنِه ؟ على وَجْهَيْن . ومِنَ الأصحابِ مَن قال : الخِلافُ فى غيرِ المَحُوطِ ، فأمَّا المَحُوطُ ، فلا يجُوزُ بغيرِ خِلافٍ . انتهى . وعنه ، عَكْسُه . يعْنِى ، لا يفْعَلُ ذلك مُطْلَقًا . وكَرِهَه فى « التَّعْلِيقِ » ،

---

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب فى الشرب ومن رأى صدقة الماء وهبته ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٤٤/٣ . والترمذى ، فى : باب فى مناقب عثمان ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٥٧/١٣ . والنسائى ، فى : باب وقف المساجد ، من كتاب الأحباس . المجتبى ١٩٥/٦ ، ١٩٦ . وبنحوه الإمام أحمد ، فى : المسند ٧٥/١ .

(٢) المهايأة : قسمة الأيام فى السقى .

الشرح الكبير

مَعْلُومًا ؛ لأنَّه مُباحٌ حَصَّلَه بشىءٍ مُعَدٍّ له ، فمَلَكَه[1] ، كالصَّيْدِ يَحْصُلُ فى شَبَكَتِه ، والسَّمَكِ فى بِرْكَةٍ مُعَدَّةٍ له ، ولا يَحِلُّ[2] أخْذُ شىءٍ منه بغيرِ إذْنِ مالِكِه . وكذلك إن جَرَى مِن نهرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ماءٌ إلى بِرْكَةٍ له فى أرْضِه ، يَسْتَقِرُّ الماءُ فيها لا يَخْرُجُ منها ، فحُكْمُه حُكْمُ مِياهِ الأَمْطَارِ تَجْتَمِعُ فى البِركَةِ ، قِياسًا عليه . واللهُ أعْلَمُ .

فصل : وإذا اشْتَرَى ممَّن فى مالِه حَلالٌ وحَرامٌ ، كالسُّلْطانِ الظالِمِ والمُرَابِى ؛ فإن عَلِمَ أنَّ المَبِيعَ مِن حَلالٍ ، فهو حَلالٌ ، وإن عَلِمَ أنَّهُ مِن الحَرامِ ، فهو حَرَامٌ ، ولا يُقْبَلُ قولُ المُشْتَرِى عليه فى الحُكْمِ ؛ لأَنَّ الظاهِرَ أنّ ما فى يَدِ الإنْسانِ مِلْكُهُ . فإن لم [3]يَعْلَمْ مِن أيِّهما[3] هو ، كُرِه ؛ لاحْتِمالِ التَّحْرِيمِ فيه ، ولم يَبْطُلِ البَيْعُ ؛ لإمْكانِ الحَلالِ ، سَواءٌ قَلَّ الحرامُ أو كَثُرَ . وهذا هو الشُّبْهَةُ ، وبقَدْرِ قِلَّةِ الحَرامِ وكَثْرَتِه ، تَكْثُرُ الشُّبْهَةُ وتَقِلُّ . قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِى أنْ يأْكُلَ منه ؛ وذلك لِما رَوَى النُّعْمانُ بنُ بَشيرٍ أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « الحَلالُ بَيِّنٌ ، والحَرامُ بَيِّنٌ ، وبَيْنَهُما أمورٌ مُشْتَبِهاتٌ ، لا يَعْلَمُها كثيرٌ مِنَ النّاسِ ، فمَنِ اتَّقَى الشُّبُهاتِ اسْتَبْرَأَ لدِينِه وعِرْضِه ، ومَن وَقَعَ فى الشُّبُهاتِ وَقَعَ فى الحرامِ ، كالرّاعِى يَرْعَى حولَ

الإنصاف

و « الوَسيلَةِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » .

تنبيهات ؛ أحدُها ، ذكَر المُصَنِّفُ هنا ، والمَجْدُ ، وغيرُهما ، رِوايَةً بجَوازِ بَيْعِ

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « يحصل » .

(٣ - ٣) فى م : « يعلمه من أيها » .

الشرح الكبير

الحِمَى ، يُوشِكُ أنْ يَرْتَعَ فيه ، ألَا وإنَّ لِكُلِّ مِلِكٍ حِمًى ، ألَا[1] وإنّ حِمَى اللهِ مَحارِمُه » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . واللَّفْظُ لمُسْلِمٍ . ولَفْظُ البُخارِىِّ : « فمَنْ تَرَكَ ما شُبِّهَ[3] عليه ، كان لِما اسْتَبَانَ أتْرَكَ ، ومَنِ اجْتَرَأ على ما يَشُكُّ فيه مِن المأْثَمِ ، أوْشَكَ أنْ يواقِعَ ما اسْتَبانَ » . ورَوَى الحَسَنُ بنُ عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عن النبىِّ ﷺ أنّه قال : « دَعْ ما يَرِيبُكَ إلى ما لَا يَرِيبُكَ »[4] . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ .

الإنصاف

ذلك ، مع عدَمِ المِلْكِ فى ذلك كلِّه . قال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والثَّمانِين » : ولعَلَّه مِن بابِ المُعاوَضَةِ عن ما يُسْتَحَقُّ تَمَلُّكُه . انتهى . قلتُ : صرَّح الشَّارِحُ أنَّ الخِلافَ الذى ذكَرَه المُصَنِّفُ هنا مَبْنِىٌّ على المِلْكِ وعدَمِه . الثَّانى ، يأْتِى فى آخِرِ كتابِ الصَّيْدِ ، لو حصَل فى أرْضِه سَمَكٌ ، أو عشَّشَ فيه طائرٌ ، أنَّه لا يُمْلَكُ بذلك ،

---

(١) زيادة من : ر ١ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب فضل من استبرأ لدينه ، من كتاب الإيمان ، وفى : باب الحلال بين والحرام بين ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١/ ٢٠ ، ٣/ ٦٩ ، ٧٠ . ومسلم ، فى : باب أخذ الحلال وترك الشبهات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢١٩ ، ١٢٢٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢١٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ترك الشبهات ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ١٩٨ ، ١٩٩ . والنسائى ، فى : باب اجتناب الشبهات فى الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢١٣ . وابن ماجه ، فى : باب الوقوف عند الشبهات ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ٢/ ١٣١٨ ، ١٣١٩ . والدارمى ، فى : باب فى الحلال بين والحرام بين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٦٧ ، ٢٦٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ .

(٣) فى م : « اشتبه » .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا عمرو بن على ، من أبواب صفة القيامة . عارضة الأحوذى ٩/ ٣٢١ . والنسائى ، فى : باب الحث على ترك الشبهات ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٨/ ٢٩٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١١٢ ، ١٥٣ ، ٢٠٠ .

الشرح الكبير

فصل : والمَشْكُوكُ فيه على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ ؛ ما أَصْلُه الحَظْرُ ، كالذَّبِيحَةِ فى بَلْدَةٍ فيها مَجُوسٌ وعَبَدَةُ أوْثانٍ يَذْبَحُونَ ، فلا يَجُوزُ شِراؤُها ، وإنْ جازَ أنْ تكونَ ذَبِيحَةَ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّ الأصْلَ التَّحْرِيمُ ، فلا يَجُوزُ إلَّا بيَقِينٍ أو ظاهِرٍ . وكذلك إنْ كان فيها أخْلاطٌ مِن المُسْلِمِينَ والمَجُوسِ ، لم يَجُزْ شِراؤُها ؛ لذلك . والأَصْلُ فيه حَدِيثُ عَدِىِّ بن حاتِمٍ : « إذا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ ، فخالَطَ أَكْلُبًا لم يُسَمَّ عليها ، فلا تَأْكُلْ ، فإنَّكَ لا تَدْرِى أيُّها قَتَلَه » . مُتَّفَقٌ عليه [1] . فأمَّا إنْ كان ذلك فى بَلَدِ الإسْلامِ ، فالظَّاهِرُ إباحَتُها ؛ لأنَّ المُسْلِمِينَ لا يُقِرُّونَ فى بَلَدِهم بَيْعَ ما لا يَحِلُّ بَيْعُه ظاهِرًا .

الإنصاف

فلا يجوزُ بَيْعُه ، على الصَّحيحِ . وقيل : يَمْلِكُه . الثَّالثُ ، محَلُّ الخِلافِ المُتَقدِّمِ إذا لم يَحُزْه ، فأمَّا إذا حازَه فإنَّه يَمْلِكُه ، بلا نِزاعٍ . الرَّابعُ ، ظاهِرُ قوْلِه : لا يجوزُ

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الماء الذى يغسل به شعر الإنسان ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشىء من الصيد ... ﴾ ، وباب صيد المعراض ، وباب ما أصاب المعراض بعرضه ، وباب إذا أكل الكلب ... ، وباب الصيد إذا غاب عنه يومين أو ثلاثة ، وباب إذا وجد مع الصيد كلبا آخر ، من كتاب الصيد والذبائح . صحيح البخارى ١/٥٥ ، ٣/٧٠ ، ٧/٧١ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ . ومسلم ، فى : باب الصيد بالكلاب المعلمة ، من كتاب الصيد والذبائح . صحيح مسلم ٣/١٥٢٩ - ١٥٣١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصيد ، من كتاب الصيد . سنن أبى داود ٢/٩٧ - ٩٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء ما يؤكل من صيد الكلب ومالا يؤكل ، وباب ما جاء فى الكلب يأكل من الصيد ، وباب ما جاء فى صيد المعراض ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذى ٦/٢٥٣ ، ٢٥٧ - ٢٥٩ . والنسائى ، فى : باب الأمر بالتسمية عند الصيد ، وباب النهى عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه ، وباب صيد الكلب المعلم ، وباب إذا قتل الكلب ، وباب إذا وجد مع كلبه كلبا لم يسم عليه ، وباب إذا وجد مع كلبه كلبا غيره ، وباب الكلب يأكل من الصيد ، وباب ما أصاب بعرض من صيد المعراض ، وباب ما أصاب بحد من صيد المعراض . المجتبى ٧/١٥٨ - ١٦٢ ، ١٧٢ . وابن ماجه ، فى : باب صيد الكلب ، وباب صيد المعراض ، من كتاب الصيد . سنن ابن ماجه ٢/١٠٧٠ ، ١٠٧٢ . والدارمى ، فى : باب فى صيد المعراض ، من كتاب الصيد . سنن الدارمى ٢/٩١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٩٣ - ١٩٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ .

الشرح الكبير

الثانِى ، ما أَصْلُه الإباحَةُ ، كالماءِ يَجِدُه مُتغيِّرًا ، لا يَعْلَمُ بنَجاسَةٍ تَغَيَّرَ ، أو غيْرِها ؟ فهو طاهِرٌ فى الحُكْمِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ الطَّهارَةُ ، فلا يَزُولُ عنها إلَّا بيَقِينٍ أو ظاهِرٍ ، ولم يوجَدْ واحِدٌ منهما . والأصْلُ فى ذلك حَدِيثُ عبدِ اللهِ ابنِ زَيْدٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : شُكِىَ إلى النبىِّ ﷺ الرَّجُلُ يُخَيَّلُ إليه فى الصَّلَاةِ أنَّه يَجِدُ الشَّىءَ ، قال : « لا يَنْصَرِفْ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا ، أو يَجِدَ رِيحًا » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . الثالِثُ ، ما لا يُعْرَفُ له أصْلٌ [٢٣٢/٣ ظ] كَرجُلٍ فى مالِه حَلالٌ وحَرامٌ ، فهذا هو الشُّبْهَةُ التى الأَوْلَى تَرْكُها ، على ما ذَكَرْناهُ ، وعَمَلًا بما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه وَجَدَ تمْرَةً ساقِطَةً ، فقال : لَوْلا أنِّى أَخْشَى أنَّها مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُها »[2] . وهو مِن بابِ الوَرَعِ .

فصل : وكان أحمدُ لا يَقْبَلُ جوائزَ السُّلْطانِ ، ويُنْكِرُ على وَلَدِه وعَمِّه قَبُولَها ، ويُشَدِّدُ فى ذلك . ومِمَّنْ كان لا يَقْبَلُها ؛ سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والقاسِمُ ، وبُسْرُ[3] بنُ سَعِيدٍ ، ومحمدُ بنُ واسِعٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ

الإنصاف

بَيْعُ ما فى المَعادِنِ الجارِيَةِ . أنَّ المَعادِنَ الباطِنَةَ ؛ كمَعَادِنِ الذَّهبِ والفِضَّةِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصاصِ ، والكُحْلِ ، والفَيْرُوزَجِ ، والزَّبَرْجَدِ ، والياقُوتِ ، وما

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦٨/٢ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا وجد تمرة فى الطريق ، من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ١٦٤/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٧/٢ ، ١١٩/٣ ، ١٣٢ ، ١٨٤ ، ١٩٣ ، ٢٤١ ، ٢٥٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٣) فى م : « وبشر » . وهو بُسْر بن سعيد المدنى العابد ، مولى ابن الحضرمى ، تابعى ، وكان ثقة ، كثير الحديث . مات بالمدينة سنة مائة . تهذيب التهذيب ٤٣٧/١ ، ٤٣٨ .

الشرح الكبير

المُبارَكِ ، وكان هذا مِنهم على سَبيلِ الوَرَعِ ، لا على أنَّها حَرامٌ ، فإنَّ أحمدَ قال : جَوائِزُ السُّلْطانِ أَحَبُّ إلَىَّ مِن الصَّدَقَةِ . وقال : ليس أحَدٌ مِن المُسْلِمِينَ إلَّا وله فى هذه الدَّراهِمِ نَصِيبٌ ، فكَيْفَ أَقُولُ إنَّها سُحْتٌ . ومِمَّنْ كان يقبلُ جَوائِزَهم ابنُ عمرَ ، وابنُ عَبّاسٍ ، وعائِشَةُ ، وغيرُهم ، مثلُ : الحَسَنِ ، والحُسَيْنِ ، وابنِ جَعْفَرٍ . ورَخَّصَ فيه الحَسَنُ البَصْرِىُّ ، ومَكْحُولٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والشّافِعِىُّ . واحْتَجَّ بَعْضُهم بأنَّ النبىَّ ﷺ اشْتَرَى مِن يَهُودِىٍّ طَعامًا[1] ، وماتَ ودِرْعُه مَرْهُونَةٌ عِنْدَه[2] . وأجابَ يَهُودِيًّا دَعاهُ ، وأَكَلَ مِن طعامِه[3] . وقد أَخْبَرَ اللهُ تعالى أنَّهم أَكّالُونَ للسُّحْتِ[4] . ورُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا بَأْسَ

الإنصاف

أشْبَهِها ، تُمْلَكُ بمِلْكِ الأرْضِ التى هو فيها ، ويجوزُ بَيْعُها ، وسواءٌ كان مَوْجُودًا

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة ، وباب شراء الإمام الحوائج بنفسه ، وباب شراء الطعام إلى أجل ، من كتاب البيوع ، وفى : باب من رهن درعه ، وباب الرهن عند اليهود ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣/ ٧٣ ، ٧٤ ، ٨١ ، ١٠١ ، ١٨٦ ، ١٨٧ . ومسلم ، فى : باب الرهن وجوازه فى الحضر والسفر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٦ . والنسائى ، فى : باب الرجل يشترى الطعام إلى أجل ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٢ ، ١٦٠ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب حدثنا قبيصة ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٤/ ٤٩ ، ٥٠ ، ٦/ ١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢١٩ . والنسائى ، فى : باب مبايعة أهل الكتاب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٧ . وابن ماجه ، فى : باب حدثنا أبو بكر ابن أبى شيبة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٥ . والدارمى ، فى : باب فى الرهن ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٩ ، ٢٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٣٦ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٦١ ، ٣/ ١٠٢ ، ٢٣٨ ، ٦/ ٤٥٣ ، ٤٥٧ .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢١٠ ، ٢١١ ، ٢٧٠ .

(٤) إشارة إلى قوله تعالى : ﴿ سَمَّٰعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحْتِ ﴾ . سورة المائدة ٤٢ .

الشرح الكبير

بجوائِزِ السُّلْطانِ ، فإنَّ ما يُعْطِيكُم مِن حَلالٍ أكثرُ مِمّا يُعْطِيكُم مِن الحرامِ . وقال : لا تَسْأَلِ السُّلْطانَ شَيْئًا ، وإنْ أَعْطَى فخُذْ ، فإنَّ ما فى بَيْتِ المالِ مِن الحَلالِ أَكْثَرُ مِمّا فيه مِن الحَرامِ .

فصل : قال أحمدُ ، فى مَن معه ثَلاثَةُ دَراهِمَ فيها دِرْهَمٌ حَرامٌ : يَتَصَدَّقُ بالثَّلاثَةِ ، وإنْ كانَ معه مائَتا دِرْهَمٍ ، فيها عَشَرَةُ دَراهِمَ حَرامٌ ، تَصَدَّقَ بالعَشَرَةِ ؛ لأنَّ هذا كثيرٌ وذاكَ قَلِيلٌ . قيلَ له : قال سُفْيانُ : ما كان دُونَ العَشَرَةِ يُتَصَدَّقُ به ، وما كان أَكْثَرَ يُخْرِجُ . قال : نعم ، لا يُجْحَفُ به . قال القاضِى : ليس هذا على سَبِيلِ التَّحْدِيدِ ، وإنَّما هو على سَبِيلِ الاخْتِيارِ ؛ لأنَّه كُلَّما كَثُرَ الحَلالُ بَعُدَ تناوُلُ الحَرامِ ، وشَقَّ التَّوَرُّعُ عن الجَمِيعِ ، بخِلافِ القَلِيلِ ، فإنَّه يَسْهُلُ إخْراجُ الكلِّ . والواجِبُ فى المَوْضِعَين إخراجُ قَدْرِ الحَرامِ ، والباقِى له ، وهذا لأنَّ تَحْرِيمَه لم يكُنْ لتَحْرِيمِ عيْنِه ، وإنَّما حُرِّمَ لتَعَلُّقِ حَقِّ غَيْرِه به ، فإذا أخرجَ عِوَضَه زالَ التَّحْرِيمُ ، كما لو كان صاحِبُه حاضِرًا فرَضِىَ بعِوَضِه ، وسواءٌ كان قليلًا أو كثيرًا . والوَرَعُ إخْراجُ ما يُتَيَقَّنُ به إخْراجُ عَيْنِ الحَرامِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بإخْرَاجِ الجَمِيعِ ، لكنْ لمّا شقَّ ذلك فى الكَثِيرِ ، تُرِكَ لأجْلِ

الإنصاف

خَفِيًّا[1] ، أم حدَث بعدَ أنْ ملَكَها . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : سواءٌ كان ذلك فيها ، وقيل : خَفِيًّا . أو حدَث [2]ذلك فيها[2] بعدَ أنْ مَلَكَها .

(١) فى ط : « خفيفًا » .

(٢ – ٢) زيادة من : ش .

المقنع

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، أَنْ يَكُونَ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْآبِقِ ، وَلَا الشَّارِدِ ، وَلَا الطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَلَا السَّمَكِ فِي الْمَاءِ ، وَلَا [٩٢و] الْمَغْصُوبِ إِلَّا مِنْ غَاصِبِهِ ، أَوْ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهِ .

الشرح الكبير

المَشَقَّةِ فيه ، واقتُصِرَ على الواجِبِ . ثم يَخْتَلِفُ هذا باخْتِلافِ النّاسِ ؛ فمنهم مَن لا يكونُ له سِوَى الدَّراهِمِ اليَسِيرَةِ ، فيَشُقُّ إخْراجُها ؛ لحاجَتِه إليها ، ومنهم مَن يَكُونُ له مالٌ[1] كثيرٌ ، [٢٣٣/٣و] فيَسْتَغْنِى عنها ، فيَسْهُلُ إخْراجُها . واللهُ تعالى أعْلَمُ .

(**فصل** : الخامِسُ ، أن يكونَ مَقْدُورًا على تَسْلِيمِه ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ الآبِقِ ، ولا الشارِدِ ، ولا الطَّيْرِ فى الهَواءِ ، ولا السَّمَكِ فى الماءِ ، ولا المَغْصُوبِ إلَّا مِن غاصِبِه ، أو مِمَّن يَقْدِرُ على أَخْذِه منه) بَيْعُ العَبْدِ الآبِقِ لا يَجُوزُ ، سَواءٌ عَلِمَ بمكَانِه أو جَهِلَه . وكذلك ما فى مَعْناهُ ؛ مِن الجَمَلِ الشارِدِ ، والفَرَسِ العائِرِ[2] وَشِبْهِهِما . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ عمرَ أنّه

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : فلا يجوزُ بَيْعُ الآبِقِ . أنَّه سواءٌ كان المُشْتَرِى قادِرًا عليه أوْ لا . وهو الصَّحيحُ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِ . قال فى « الفُروعِ » : والأشْهَرُ المَنْعُ . وقيل : يصِحُّ بَيْعُه لقادِرٍ على تَحْصيلِه ، كالمَغْصُوبِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم ، وجزَمُوا به ، وذكَرَه القاضى فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) الفرس العائر : الذى انفلت من صاحبه .

الشرح الكبير

اشْتَرَى مِن بعضِ ولَدِه بَعِيرًا شارِدًا . وعن ابنِ سِيرِينَ : لا بَأْسَ بِبَيْعِ الآبِقِ ، إذا كان عِلْمُهما فيه واحِدًا . وعن شُرَيْحٍ مِثْلُه . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ الحَصَاةِ ، وعن بَيْعِ الغَرَرِ . رَواهُ مُسْلِمٌ(١) . وهذا بَيْعُ غَرَرٍ ، ولأنَّه غيرُ مَقْدُورٍ على تَسْلِيمِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالطَّيْرِ فى الهَواءِ ، فإنْ حَصَلَ فى يَدِ إنْسَانٍ ، جازَ بَيْعُه ؛ لإمْكانِ تَسْلِيمِه .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ الطَّيْرِ فى الهواءِ ، مَمْلُوكًا كان أو لَا ؛ أمّا

الإنصاف

مَوْضِعٍ مِن كلامِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . فعلى هذا القَوْلِ ، إنْ عجَز عن تَحْصيلِه ، كان له الفَسْخُ كالمَغْصُوبِ . وظاهِرُ كلامِه أيضًا ، وكلامِ غيرِه ، أنَّه لو اشْتَراه يظُنُّ أنَّه لا يقْدِرُ على تَحْصيلِه ، فبانَ بخِلافِ ذلك ، وحَصَّلَه ، أنَّه لا يصِحُّ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : يصِحُّ . وأطْلَقهما فى « القَواعِدِ الفِقْهيَّةِ » ، و « الأُصُولِيَّةِ » . وفى « المُغْنِى » احْتِمالٌ بالفَرْقِ بينَ مَن يعْلَمُ أنَّ المَبِيعَ يفْسُدُ بالعَجْزِ عنِ التَّسْليمِ ، فيَفْسُدُ ، وبينَ مَن لا يعْلَمُ ذلك ، فيَصِحُّ .

قوله : ولا الطَّيْرِ فى الهَواءِ . هذا المذهبُ [٢/٥٣و] مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ

(١) فى : باب بطلان بيع الحصى والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٣ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، وباب فى بيع المضطر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٨ ، ٢٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٧ . والنسائى ، فى : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٣٠ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الحصاة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٩ . والدارمى ، فى : باب النهى عن بيع الغرر ، وباب فى الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/١١٦ ، ٣٠٢ ، ٢/١٥٥ ، ٢٥٠ ، ٣٧٦ ، ٤٣٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

الشرح الكبير

المَمْلُوكُ ، فلأنَّه غيرُ مَقْدُورٍ عليه ، وغيرُ المَمْلُوكِ لا يَجُوزُ لِعِلَّتَيْنِ ؛ عَدَمُ القُدْرَةِ ، وعَدَمُ المِلْكِ ؛ لحَدِيثِ أبى هُرَيْرَةَ ، قيلَ فى تَفْسِيرِه : هو بَيْعُ الطَّيْرِ فى الهواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ، ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الطائِرِ يَأْلَفُ الرُّجُوعَ ، أو لا يَأْلَفُه ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه الآنَ ، وإنَّما يَقْدِرُ إذا عادَ . فإنْ قيلَ : فالغائِبُ فى مَكانٍ بَعيدٍ لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه فى الحالِ ! قُلْنا : الغائِبُ يَقْدِرُ على اسْتِحْضارِه ، والطَّيْرُ لا يَقْدِرُ صاحِبُه على رَدِّه ، إلَّا أنْ يَرْجِعَ هو بنَفْسِه ، ولا يَسْتَقِلُّ مالِكُه برَدِّه ، فيكونُ عاجِزًا عن تَسْلِيمِه ، لعَجْزِه عن الواسِطَةِ التى يَحْصُلُ بها تَسْلِيمُه ، بخِلافِ الغائِبِ . وإن باعَهُ الطَّيْرَ فى البُرْجِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان البُرْجُ مَفْتُوحًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الطَّيْرَ إذا قَدَرَ على الطَّيَرانِ لم يُمْكِنْ تَسْلِيمُه ، فإن كان مُغْلَقًا ويُمكِنُ أخْذُه ، جازَ بَيْعُه . وقال القاضِى : إن لم يمكِنْ أخْذُه إلَّا بتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ ، لم يَجُزْ بَيْعُه . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وهو مُلْغًى بالبَعِيدِ الذى لا يُمْكِنُ إحْضَارُه إلَّا بتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ . وفَرَّقُوا بينهما ، بأنَّ البَعِيدَ تُعْلَمُ الْكُلْفَةُ التى يحتاجُ إليها فى إحْضارِه بالعادَةِ ، وتَأْخِيرُ التَّسْلِيمِ مُدَّتُه مَعْلُومَةٌ . والصَّحِيحُ أنَّ تَفاوُتَ المُدَّةِ فى إحْضارِ البَعِيدِ ، واخْتِلافَ المَشَقَّةِ أكْثَرُ مِن التَّفاوُتِ والاخْتِلافِ[1] فى إمْساكِ طائِرٍ مِن البُرْجِ ، والعادَةُ تكونُ فى هذا

الإنصاف

الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : يجوزُ بَيْعُه والحالَةُ هذه ، إذا كان يأْلَفُ المَكانَ والرُّجُوعَ إليه . واخْتارَه فى « الفُنُونِ » ، وقال : هو قوْلُ الجماعَةِ . وأنْكَرَه مَن لم يُحَقِّقْ .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

كالعَادَةِ فى ذلك ، فإذا صَحَّ فى البَعِيدِ مع كَثْرَةِ التَّفَاوُتِ [٣/٢٣٣ظ] وشِدَّةِ اخْتِلافِ المَشَقَّةِ ، فهذا أَوْلَى .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ السَّمَكِ فى الآجامِ . هذا قولُ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ . ورُوِىَ عن ابنِ مَسْعُودٍ أنّه نَهَى عنه ، وقال : إنَّه غَرَرٌ[1] . وكَرِهَهُ الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، وأبو ثَوْرٍ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثِ والمَعْنَى . فإن باعَه فى الماءِ ، جازَ بثَلاثَةِ شُروطٍ ؛ أَحَدُها ، أنْ يكونَ مَمْلُوكًا . وأنْ يكونَ الماءُ رقِيقًا ، لا يمنعُ مُشاهَدَتَه ومَعْرِفَتَه . وأنْ يُمْكِنَ اصْطِيادُه ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ مَعْلُومٌ يمكنُ تَسْلِيمُه ، فجازَ بَيْعُه ، كالمَوْضُوعِ فى طَسْتٍ فى الماءِ . وإنِ اخْتَلَّ شَرْطٌ ممّا ذَكَرْنا ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لفَواتِ الشَّرْطِ . ورُوِىَ عن عمرَ ابنِ عبدِ العزيزِ، وابنِ أبى لَيْلَى، فى مَن له أُجْمَةٌ يَحْبِسُ السَّمَكَ فيها، يجوزُ

الإنصاف

فائدة : لو كان البُرْجُ مُغْلَقًا ، ويُمْكِنُ أخذُ الطَّيْرِ منه ، أو كان السَّمَكُ فى مَكانٍ له يُمْكِنُ أخْذُه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ تَطُولَ المُدَّةُ فى تَحْصِيلِه ، بحيثُ لا يُمْكِنُ أخْذُه إلَّا بتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ ، أو لا تَطُولَ المُدَّةُ ، فإنْ لم تَطُلِ المُدَّةُ فى تَحْصِيلِه ، جازَ بَيْعُه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقالَه القاضى وغيرُه . وظاهِرُ كلامِه فى « الفُروعِ » ، أنَّ فيه وَجْهَيْن . وإنْ طالَتِ المُدَّةُ ، ويُمْكِنُ تَسْلِيمُه ، لكِنْ لا يحْصُلُ إلَّا بتَعَبٍ ومَشَقَّةٍ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِه . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : لا يجوزُ بَيْعُه والحالَةُ هذه . وأطْلَقهما

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيع السمك فى الماء ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٤٠ .

الشرح الكبير

بَيْعُه ؛ لأنَّه يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ظاهِرًا ، أشْبَهَ ما يَحْتَاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى الكَيْلِ أو الوَزْنِ والنَّقْلِ . ولَنا ، قَوْلُ ابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عمرَ : لَا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فى الماءِ ؛ لأنَّه غَرَرٌ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ ، وهذا منه ، ولأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه إلَّا بعدَ اصْطِيادِه ، أشْبَهَ الطَّيْرَ فى الهَواءِ ، ولأنَّه مَجْهُولٌ ، أشْبَهَ اللَّبَنَ فى الضَّرْعِ ، ويُفارِقُ ما قَاسُوا عليه ؛ لأنَّ ذلك مِن مُؤْنَةِ القَبْضِ ، وهذا يَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ لِيُمْكِنَ قَبْضُه ، فأمَّا إن كانت له بِرْكَةٌ له فيها سَمَكٌ يُمْكِنُ اصْطِيَادُه بغيرِ كُلْفَةٍ ، والماءُ رَقِيقٌ لا يَمْنَعُ المُشاهَدَةَ ، صَحَّ بَيْعُه ، على ما ذَكَرْنا ، وإن لم يُمْكِنْ إلَّا بمشَقَّةٍ وكُلْفَةٍ ، وكانت يَسِيرَةً ، بمَنْزِلَةِ اصْطِيادِ الطَّائِرِ مِن البُرْجِ ، فالقَوْلُ فيه كالقَوْلِ فى بَيْعِ الطَّائِرِ فى البُرْجِ ، على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ . وإن كانت كَثِيرَةً تَتَطَاوَلُ المُدَّةُ فيه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ للعَجْزِ عن تَسْلِيمِه فى الحالِ ، والجَهْلِ بإمْكانِ وقْتِ[1] التَّسْلِيمِ .

فصل : ولا يَجوزُ بَيْعُ المَغْصُوبِ ؛ لعَدَمِ إمْكانِ تَسْلِيمِه ، فإن باعَه

الإنصاف

فى « الفُروعِ » . وأمَّا إذا طالَتِ المُدَّةُ ، ولم يَسْهُلْ أخْذُه ، بحيثُ يعْجِزُ عن تَسْلِيمِه ، لم يصِحَّ البَيْعُ ؛ لعَجْزِه عن تَسْلِيمِه فى الحالِ ، وللجَهْلِ بوَقْتِ تَسْلِيمِه . وهذا المذهبُ وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : وظاهِرُ « الواضِحِ » وغيرِه ، يصِحُّ . وهو ظاهِرُ تَعْليلِ أحمدَ بجَهالَتِه .

قوله : ولا المَغْصُوبِ إلَّا مِن غاصِبِه ، أو مَن يَقْدِرُ على أخْذِه . بَيْعُ المَغْصُوبِ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : السَّادِسُ ، أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا ؛ بِرُؤْيَةٍ ، أَوْ صِفَةٍ تَحْصُلُ بِهَا مَعْرِفَتُهُ .

الشرح الكبير

لغاصِبِه أو لقادِرٍ على أخْذِه منه ، جازَ ؛ لعَدَمِ الغرَرِ فيه ، ولإِمْكانِ قَبْضِه . وكذلك إن باعَ الآبِقَ لقادِرٍ عليه ، صَحَّ كذلك ، وإنْ ظَنَّ أنَّه قادِرٌ على اسْتِنْقاذِه مِمَّن هو فى يَدِه ، صَحَّ البَيْعُ . فإن عَجَزَ عن اسْتِنْقاذِه ، فله الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والإِمْضاءِ ؛ لأنَّ العَقْدَ صَحَّ لكَوْنِه مَظْنُونَ القُدْرَةِ على قَبْضِه ، وثَبَتَ له الفَسْخُ ؛ للعَجْزِ عن القَبْضِ ، فهو كما لو باعَهُ فَرَسًا فشَرَدَتْ قبلَ تَسْلِيمِها ، أو غَائِبًا بالصِّفَةِ ، فَعَجَزَ عن تَسْلِيمِه .

فصل : (السادِسُ ، أن يكُونَ مَعْلُومًا ؛ برُؤْيَةٍ ، أو صِفَةٍ تحصُلُ بها

الإنصاف

مِن غاصِبِه صحيحٌ ، بلا نِزاعٍ . و بَيْعُه ممَّن يقْدِرُ على أخْذِه مِنَ الغاصِبِ صَحيحٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : وكذا القادِرُ عليه ، على الأصحِّ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، لا يصِحُّ . قدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . فعلى المذهبِ ، لو عجز عن تَحْصيله ، فله الفَسْخُ .

قوله : السَّادسُ ، أنْ يكونَ مَعْلومًا برُؤْيَةٍ . يعْنِى ، مِنَ المُتَعاقِدَيْن . يصِحُّ البَيْعُ بالرُّؤْيَةِ؛ وهى تارةً تكونُ مُقارِنَةً للبَيْعِ ، وتارةً تكونُ غيرَ مُقارِنَةٍ، فإنْ كانتْ مُقارِنَةً لجَميعِه ، صحَّ البَيْعُ بلا نِزاعٍ . و إنْ كانت مُقارِنَةً لبَعضِه ، فإنْ دلَّتْ على بَقِيَّتِه ، صحَّ البَيْعُ . نصَّ عليه . فرُؤْيَةُ أحَدِ وَجْهَىْ ثَوْبٍ تكْفِى فيه ، إذا كان غيرَ مَنْقُوشٍ . وكذا رُؤْيَةُ وَجْهِ الرَّقيقِ ، وظاهِرِ الصُّبْرَةِ المُتَساوِيَةِ الأجْزاءِ ؛ مِن حَبٍّ وتَمْرٍ ونحوِهما ، وما فى الظُّروفِ مِن مائعٍ مُتَساوِى الأجْزاءِ ، وما فى الأعْدالِ مِن جِنْسٍ

المقنع

فَإِنِ اشْتَرَى مَالَمْ يَرَهُ وَلَمْ يُوصَفْ لَهُ ، أَوْ رَآهُ وَلَم يَعْلَمْ مَاهُوَ ، أَوْ ذُكِرَ لَهُ مِنْ صِفَتِهِ مَا لَا يَكْفِي فِي السَّلَمِ ، لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ ، وَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرُّؤْيَةِ .

الشرح الكبير

مَعْرِفَتَه . فإنِ اشْتَرَى ما لم يَرَهُ و لم يُوصَفْ له ، أو رَآهُ و لم يَعْلَمْ ما هو، أو ذُكِرَ [٣/٢٣٤و] له مِن صِفَتِه ما لا يَكْفِى فى السَّلَمِ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ. وعنه، يَصِحُّ ، وللمُشْتَرِى خيارُ الرُّؤْيَةِ) اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عن أحمدَ، رَحِمَهُ اللهُ، فى بَيْعِ الغائِبِ الذى لم يُوصَفْ، و لم تَتَقَدَّمْ رُؤْيَتُه، فالمَشْهُورُ عنه ، أنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه. وبهذا قال الشَّعْبِىُّ، والنَّخَعِىُّ، والحَسَنُ، والأوْزَاعِىُّ، ومالِكٌ، وإسحاقُ. وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ. وفيه رِوَايَةٌ أُخْرَى، أنَّه يَصِحُّ. وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والقَوْلُ الثانِى للشافِعِىِّ . واحْتَجَّ مَن أجَازَه بعُمُومِ قولِه

الإنصاف

واحدٍ ، ونحوِ ذلك . ولا يصِحُّ بَيْعُ الأُنْمُوذَجِ ؛ بأنْ يُرِيَه صاعًا ويَبِيعَه الصُّبْرَةَ على أنَّها مِن جِنْسِه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : ضَبْطُ الأُنْمُوذَجِ كذِكْرِ الصِّفاتِ . نقَل جَعْفَرٌ – فى مَن يفْتَحُ جِرابًا ويقولُ : الباقِى بصِفَتِه – إذا جاءَ على صِفَتِه ليس له رَدُّه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الفُروعِ » : قال القاضى وغيرُه : وما عرَفَه [٢/٥٣ظ] بلَمْسِه أو شَمِّه أو ذَوْقِه ، فكَرُؤْيَتِه . وعنه ، ويُشْتَرَطُ أنْ يَعْرِفَ المَبِيعَ تقْرِيبًا ، فلا يصِحُّ شِراءُ غيرِ جَوْهَرِىٍّ جَوْهَرَةً . وقيل : ويُشْتَرَطُ شَمُّه وذَوْقُه .

قوله : فإنِ اشْتَرَى ما لم يَرَه و لم يُوصَفْ له ، أو رَآه و لم يعْلَمْ ما هو ، أو ذُكِرَ له مِن صِفَتِه ما لا يكْفِى فى السَّلَمِ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . إذا لم يَرَ المَبِيعَ ، فتارةً يُوصَفُ له ، وتارةً لا يُوصَفُ ؛ فإنْ لم يُوصَفْ له ، لم يصِحَّ البَيْعُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . نقَلَها حَنْبَلٌ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ

الشرح الكبير

تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . وبما رُوِىَ عن عثمانَ ، وطَلْحَةَ ، أَنَّهُما تَبَايَعَا دَارَيْهِما ؛ إحداهُما بالكُوفَةِ ، والأُخْرَى بالمَدِينَةِ ، فقيلَ لعُثْمانَ : إنَّكَ قد غُبِنْتَ . فقال : ما أُبالِى ؛ لأَنِّى[2] بِعْتُ ما لم أَرَهُ . وقيل لطَلْحَةَ ، فقال: لِىَ الخِيارُ؛ لأَنَّنِى اشْتَرَيْتُ ما لم أَرَهُ . فَتَحاكَمَا إلى جُبَيْرٍ[3]، فَجَعَلَ الخِيارَ لطَلْحَةَ[4] . وهذا اتِّفاقٌ منهم على صِحَّةِ البَيْعِ . ولأَنَّه عقدُ مُعَاوَضَةٍ ، فلم تَفْتَقِرْ صِحَّتُه إلى رُؤْيَةِ المَعْقُودِ عليه ، كالنِّكَاحِ . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أَنَّه نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ . رَواهُ مُسْلِمٌ[5] . ولأَنَّه باعَ ما لم يَرَهُ و لم يُوصَفْ له ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ النَّوَى فى التَّمْرِ ، ولأَنَّه

الإنصاف

الدِّينِ فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه ، واخْتارَه فى « الفائقِ » ، وضعَّفَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى مَوْضِعٍ آخَرَ .

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا ذُكِرَ جِنْسُه ، فأمَّا إذا لم يُذْكَرْ جِنْسُه ، فلا يصِحُّ ، رِوايةً واحدةً . قالَه القاضى وغيرُه . وإنْ وُصِفَ له ؛ فتارَةً يُذْكَرُ له مِن صِفَتِه ما يكْفِى فى السَّلَمِ ، وتارةً يُذْكَرُ مالا يكْفِى فى السَّلَمِ . فإنْ ذُكِرَ له مِن صِفَتِه مالا يكْفِى فى السَّلَمِ ، لم يصِحَّ البَيْعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما قدَّمه المُصَنِّفُ هنا ، وعليه الأَصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، والرِّوايَةِ التى اخْتارَها الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، فى عدَمِ اشْتِراطِ الرُّؤْيَةِ ، له خِيارُ الرُّؤْيَةِ ،

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) فى م : « أنى » .

(٣) هو جبير بن مطعم بن عدى القرشى النوفلى الصحابى ، كان ممن يتحاكم إليه ، وتوفى سنة ست وخمسين . تهذيب التهذيب ٢/٦٣ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٦٨ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

الشرح الكبير

بَيْعٌ ، فلم يَصِحَّ مع الجَهْلِ بصِفَةِ المَبيعِ ، كالسَّلَمِ ، والآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بما ذكَرْناه مِن الأصْلِ . وأمّا حَدِيثُ عثمانَ وطَلْحَةَ ، فَيَحْتَمِلُ أنَّهما تَبايَعا بالصِّفَةِ ، ومع ذلك فهو قَوْلُ صَحابِيٍّ ، وقد اخْتُلِفَ فى كَوْنِه حُجَّةً ، ولا يُعَارَضُ به حَدِيثُ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، والنِّكاحُ لا يُقْصَدُ منه المُعاوَضَةُ ، ولا يَفْسُدُ بفَسَادِ العِوَضِ ، ولا بتَرْكِ ذِكْرِه ، ولا يَدْخُلُه شىءٌ مِن الخِيارَاتِ ، وفى اشْتِراطِ الرُّؤْيَةِ مَشَقَّةٌ على المُخَدَّرَاتِ ، وإضْرارٌ بهِنَّ ، ولأنَّ الصِّفاتِ التى تُعْلَمُ بالرُّؤْيَةِ ليست هى المَقْصُودَةَ بالنِّكاحِ ، فلا يَضُرُّ الجَهْلُ بها ، بخِلافِ البَيْعِ . فإن قيل : فقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَه ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ »[1] . والخِيارُ لا يَثْبُتُ إلَّا فى عَقْدٍ صَحِيحٍ . قُلْنا : هذا يَرْوِيه عمرُ بنُ إبراهيمَ الكُرْدِىُّ ، وهو مَتْرُوكُ الحَدِيثِ[2] . ويَحْتَمِلُ أنَّه بالخِيارِ بينَ العَقْدِ عليه وتَرْكِه .

الإنصاف

على أصحِّ الرِّوايتَيْن ، وله أيضًا فَسْخُ العَقْدِ قبلَ الرُّؤْيَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال ابنُ الجَوْزِىِّ : لا فَسْخَ له كإمْضائِه . وليس له الإجازَةُ قبلَ الرُّؤْيَةِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و« الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم . وللبائعِ أيضًا الخِيارُ إذا باعَ ما لم يَرَه ، وقُلْنا بصِحَّتِه ، على تلك الرِّوايَةِ ، عندَ الرُّؤْيَةِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قال : بِعْتُكَ هذا البَغْلَ بكذا . فقال : اشْتَرَيْتُه . فبانَ

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : الموضع السابق . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٤ . وانظر : تلخيص الحبير ٣/٦ .

(٢) وانظر : ميزان الاعتدال ٣/١٧٩ .

الشرح الكبير

فعلى هذا ، يُشْتَرطُ رُؤْيَةُ ما هو مَقْصُودٌ بالبَيْعِ ، كداخِلِ الثَّوْبِ ، وشَعَرِ الجارِيَةِ ، ونحوِهما . فلو باعَ ثَوْبًا مَطْوِيًّا ، أو عَيْنًا حاضِرَةً لا يُشاهَدُ منها ما يَخْتَلِفُ الثمَنُ لأَجْلِه ، كان كَبَيْعِ الغائِبِ . فإن قُلْنا بصِحَّةِ بَيْعِ الغائِبِ ، فللمُشْتَرِى الخيارُ فى أَشْهَرِ الرِّوايَتَيْنِ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ . ويَثْبُتُ الخِيارُ عندَ رُؤْيَةِ المَبيعِ فى الفَسْخِ والإِمْضاءِ ، ويكونُ على الفَوْرِ ، فإنِ اخْتَارَ الفَسْخَ [٢٣٤/٣ظ] انْفَسَخَ العَقْدُ ، وإن لم يَخْتَرْ ، لَزِمَ العَقْدُ ؛ لأَنَّ الخِيارَ خِيارُ الرُّؤْيَةِ ، فوَجَبَ أن يكونَ عندَها . وقيلَ : يَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ . وإنِ اخْتَارَ الفَسْخَ قبلَ الرُّؤْيَةِ انْفَسَخَ ؛ لأَنَّ العَقْدَ غيرُ لازِمٍ فى حَقِّه ، فملَكَ الفَسْخَ ، كحالَةِ الرُّؤْيَةِ . وإنِ اخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، لم

الإنصاف

فَرَسًا أو حِمارًا ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يصِحُّ ، وله الخِيارُ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . الثَّانيةُ ، قال فى « الرِّعايتَيْن » : وعنه ، يصِحُّ البَيْعُ بلا رُؤْيَةٍ ولا صِفَةٍ ، وللمُشْتَرِى خِيارُ الرُّؤْيَةِ ، وخِيارُه فى مَجْلِسِ الرُّؤْيَةِ . وقيل : بل على الفَوْرِ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . وعنه ، لا خِيارَ له إلَّا بعَيْبٍ . قال فى « الفائقِ » : وهو بعيدٌ . وذكَر فى « الرِّعايتَيْن » ، فيما إذا رأَى عَيْنًا وجَهِلَها ، أو ذُكِرَ له مِنَ الصِّفَةِ مالا يكْفِى فى السَّلَمِ ، رِوايَةَ الصِّحَّةِ ، وقال : وله خِيارُ الرُّؤْيَةِ على الفَوْرِ . وقيل : فى مَجْلِسِ الرُّؤْيَةِ . انتهى . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وابنُ رَزِينٍ : إذا قُلْنا بصِحَّةِ بَيْعِ الغائبِ ، يثْبُتُ الخِيارُ عندَ رُؤْيَةِ المَبيعِ ، ويكونُ على الفَوْرِ . وقيل : يتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ الذى وُجِدَتْ فيه الرُّؤْيَةُ . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : وللمُشْتَرِى الفَسْخُ ، إذا ظَهَر بخِلافِ رُؤْيَةٍ سابِقَةٍ ، أو صِفَةٍ على التَّراخِى ، إلَّا بما يدُلُّ على الرِّضا مِن سَوْمٍ ونحوِه ، لا برُكُوبِه الدَّابَّةَ فى طَرِيقِ الرَّدِّ . وعنه ، على

المقنع

وَإِنْ ذَكَرَ لَهُ مِنْ صِفَتِهِ مَا يَكْفِى فِى السَّلَمِ ، أَوْ رَآهُ ، ثُمَّ عَقَدَا بَعْدَ ذَلِكَ بِزَمَنٍ لَا يَتَغَيَّرُ فِيهِ ظَاهِرًا ، صَحَّ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . ثُمَّ إِنْ

الشرح الكبير

يَلْزَمْ ؛ لأنَّ الخِيارَ يَتَعلَّقُ بالرُّؤْيَةِ ، ولأنَّه يُؤَدِّى إلى إلْزامِ العَقْدِ على المَجْهُولِ ، فيُفْضِى إلى الضَّرَرِ . وكذلك لو تَبَايَعَا على أن لا يَثْبُتَ الخِيارُ للمُشْتَرِى ، لم يَصِحَّ الشرطُ ؛ لذلك[1] . وهل يَفْسُدُ به البَيْعُ ؟ على وَجْهَيْن ، بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ .

فصل : ويُعْتَبَرُ لصِحَّةِ العَقْدِ الرُّؤْيَةُ مِن المُتَعاقِدَيْن ، وإن قُلْنا بصِحَّةِ البَيْعِ مع عَدَمِ الرُّؤْيَةِ ، فَباعَ ما لم يَرَه ، فله الخِيارُ عندَ الرُّؤْيَةِ ، وإنْ لم يَرَه المُشْتَرِى ، فلِكُلِّ واحدٍ[2] منهما الخِيارُ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا خِيارَ للبائعِ ؛ لحَديثِ عثمانَ وطَلْحَةَ ، ولأنَّنا لو أثْبَتْنا له الخِيارَ ، لَثَبتَ لِتَوهُّمِ الزِّيادَةِ ، والزِّيادَةُ فى المَبيعِ لا تُثْبِتُ الخِيارَ ، بدَلِيلِ ما لو باعَ شَيْئًا على أنَّه مَعِيبٌ ، فَبانَ غيرَ مَعِيبٍ ، لم يَثْبُتِ الخِيارُ له . ولَنا ، أنَّه جاهِلٌ بصِفَةِ المَعْقُودِ عليه ، فأشْبَهَ المُشْتَرِىَ . فأمّا الخَبَرُ فإنَّه قَوْلُ طَلْحَةَ وجُبَيْرٍ ، وقد خالَفَهُما عثمانُ ، وقَوْلُه أوْلَى ؛ لأنَّ البَيْعَ يُعْتَبَرُ فيه الرِّضَا منهما ، فتُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ التى هى مَظِنَّةُ الرِّضَا منهما .

١٥٦٦ – مسألة : (وإن ذَكَرَ لَه مِن صِفَتِه ما يَكْفِى فى السَّلَمِ ،

الإنصاف

الفَوْرِ . وعليهما ، متى أبْطَلَ حقَّه مِن رَدِّه ، فلا أَرْشَ فى الأصحِّ . انتهى .

قوله : وإنْ ذَكَر له مِن صِفَتِه ما يكْفِى فى السَّلَم ، أو [٢/٥٤و] رآه ، ثم عقَدا

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَجَدَهُ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا ، فَلَهُ الْفَسْخُ ، وَالْقَوْلُ فِى ذَلِكَ قَوْلُ الْمُشْتَرِى مَعَ يَمِينِهِ .

الشرح الكبير أو رآه ، ثم عَقَدَا بعدَ ذلك بزمَنٍ لا يَتَغَيَّرُ فيه ظاهِرًا ، صَحَّ ، فى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْن . ثم إن وَجَدَه لم يَتَغَيَّرْ ، فلا خِيارَ له ، وإن وَجَدَه مُتَغَيِّرًا ، فله الفَسْخُ ، والقَوْلُ فى ذلك قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه) إذا ذَكَر له مِن صِفاتِ المَبيعِ ما يَكْفِى فى صِحَّةِ السَّلَمِ ، صَحَّ بَيْعُه ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وهو قَوْلُ أكثرِ أهلِ العِلْمِ . وعنه ، لا يَصِحُّ حتى يَراهُ ؛ لأَنَّ الصِّفَةَ لا يَحْصُلُ بها مَعْرِفَةُ المَبيعِ ، فلم يَصِحَّ البَيْعُ بها ، كالذى لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه . ولَنا ، أَنَّه بَيْعٌ بالصِّفَةِ ، فَصَحَّ ، كالسَّلَمِ ، ولا نُسَلِّمُ أَنَّ الصِّفَةَ لا يَحْصُلُ بها المَعْرِفَةُ ، فإنَّها تَحْصُلُ بالصِّفاتِ الظاهِرَةِ التى لا يَخْتَلِفُ بها الثَّمَنُ ظاهِرًا ، ولهذا اكْتُفِىَ به فى السَّلَمِ ، ولأَنَّه لا يُعْتَبَرُ فى الرُّؤْيَةِ الاطِّلاعُ على الصِّفاتِ الخَفِيَّةِ . وأَمّا ما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ، فإنَّما لم يَصِحَّ بَيْعُه بالصِّفَةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ ضَبْطُه بها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه مَتَى وَجَدَهُ على الصِّفَةِ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ . وبهذا قال ابنُ سِيرِينَ ، وأَيُّوبُ ، ومالِكٌ ، والعَنْبَرِىُّ ،

الإنصاف بعد ذلك بزَمَنٍ لا يتَغَيَّرُ فيه ظاهِرًا ، صَحَّ فى أصَحِّ الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، لا يصِحُّ حتى يراه .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : أو رآه ، ثم عقَدا بعدَ ذلك بزَمَنٍ لا يتَغَيَّرُ فيه ظاهِرًا . أنَّه لو عقَدا عليه بعدَ ذلك بزَمَنٍ يُحْتَمَلُ التَّغَيُّرُ فيه وعدَمُه على السَّواءِ ، أنَّه لا يصِحُّ العَقْدُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمَه فى « الفُروعِ » ، وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : يصِحُّ .

الشرح الكبير

وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وأصحابُه : له الخِيارُ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه يُسَمَّى بَيْعَ خِيارِ الرُّؤْيَةِ ، ولأنَّ الرُّؤْيَةَ مِن تمامِ هذا العَقْدِ ، فأشْبَهَ غيرَ المَوْصُوفِ . ولأصْحابِ الشّافِعِيِّ وَجْهانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ له المَعْقُودَ عليه بصِفاتِه ، فلم يَكُنْ له خِيارٌ ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه مَبِيعٌ مَوْصُوفٌ ، فلم يكُنْ للعاقِدِ فيه الخِيارُ في جَميعِ الأحْوالِ ، كالسَّلَمِ . وقَوْلُهم : إنَّه يُسَمَّى بَيْعَ خِيارِ الرُّؤْيَةِ . لا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، فإن ثَبَتَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه يُسَمِّيه مَنْ يَرَى ثُبُوتَ الخِيارِ ، فلا يَحْتَجُّ به على غَيْرِه . فأمّا إن وَجَدَه بخلافِ الصِّفَةِ ، فله الخِيارُ ، ويُسَمَّى خِيارَ [٢٣٥/٣و] الخُلْفِ في الصِّفَةِ ؛ لأنَّه وَجَدَ المَوْصُوفَ بخِلافِ

الإنصاف

جزَم به في « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وأمَّا إذا عقَداه بعدَ الرُّؤْيَةِ بزَمَنٍ يتَغَيَّرُ ظاهِرًا ، لم يصِحَّ البَيْعُ .

فائدة : متى قُلْنا : يصِحُّ البَيْعُ بالصِّفَةِ . صحَّ بَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُه . نصَّ عليه ، كتَوْكيلِه . وقال في « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : فإنْ أمْكَنَ معْرِفَةُ المَبِيعِ بالذَّوْقِ . أو بالشَّمِّ ، صحَّ بَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُه ، وإنْ لم يُمْكِنْ ، جازَ بَيْعُه بالصِّفَةِ كالبَصِيرِ ، وله خِيارُ الخُلْفِ فى الصِّفَةِ . انتهيا . وقال فى « الكافِى » : فإنْ عُدِمَتِ الصِّفَةُ وأمْكَنَ مَعْرِفَةُ المَبِيعِ بذَوْقٍ أو شَمٍّ ، صحَّ ، وإلَّا فلا .

قوله : ثم إنْ وجَدَه لم يتَغَيَّرْ ، فلا خِيارَ له ، وإنْ وجَدَه مُتَغَيِّرًا ، فله الفَسْخُ . يُسَمَّى هذا خِيارَ الخُلْفِ فى الصِّفَةِ ؛ لأنَّه وجَد المَوْصُوفَ بخِلافِ الصِّفَةِ . واعلَمْ أنَّ للمُشْتَرِى الفَسْخَ إنْ وجَدَه مُتَغيِّرًا ، أو وجَدَه على خِلافِ ما وصَفَه له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا . وقيل : له الفَسْخُ معَ القَبْضِ ، ويكونُ على التَّراخِى ،

الشرح الكبير

الصِّفَةِ ، فلم يَلْزَمْه [1] كالسَّلَمِ [1] . وإنِ اخْتَلَفا فى اخْتِلافِ الصِّفَةِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه مِن الثَّمَنِ ، فلا يَلْزَمُه ما لم يُقِرَّ به ، أو يَثْبُتْ بِبَيِّنَةٍ ، أو ما يقومُ مَقامَها .

فصل: والبَيْعُ بالصِّفَةِ نَوْعانِ؛ أحَدُهما، بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ، مثلَ أنْ يقولَ: بِعْتُكَ عَبْدِىَ التُّرْكِيَّ . ويَذْكُرُ صِفاتِه ، فهذا يَنْفَسِخُ العَقْدُ عليه بِرَدِّهِ على البائعِ ، وتَلَفِه قَبْلَ قَبْضِه ؛ لكَوْنِ المَعْقُودِ عليه مُعَيَّنًا ، فيَزُولُ العَقْدُ بزَوالِ مَحَلِّه ، ويَجُوزُ التَّفَرُّقُ قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ، وقَبْضِه ، كبَيْعِ الحاضِرِ . الثانى ،

الإنصاف

إلَّا أنْ يُوجَدَ منه ما يدُلُّ على الرِّضا ، مِن سَوْمٍ ونحوِه ، لا برُكوبِه الدَّابَّةَ فى طَريقِ الرَّدِّ . وعنه ، على الفَوْرِ . وعليهما ، متى أُبْطِلَ حقُّه مِنَ الرَّدِّ ، فلا أرْشَ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « الفُروعِ » . وتقدَّم كلامُه فى « الرِّعايةِ » ، و « الشَّرْحِ » .

قوله : والقَوْلُ فى ذلك قَوْلُ المشْتَرِى مع يَمينِه . يعْنِى ، إذا وجَدَه مُتَغيِّرًا ، أو على خِلافِ ما وصَفَه له . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما . قال فى « الرِّعايةِ » : وفيه نظَرٌ . وقال المَجْدُ : ذكَر القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، و ابنُ عَقِيلٍ بعُمُومِ كلامِه ، إذا اخْتَلَفا فى صِفَةِ المَبِيعِ ، هل يتَحالفَان ، أو القَوْلُ قَوْلُ البائعِ ؟ فيه رِوايَتان ، وسيَأْتِى . قال فى « النُّكَتِ » ، بعدَ أنْ قدَّم أنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُشْتَرِى : ويتَوجَّهُ فيه قَوْلان ؛ أحدُهما ، يُقدَّمُ قَوْلُ البائعِ . والثَّانِى ، يتَحالفَان . قال : وجعَل الأصحابُ المذهبَ هنا قَوْلَ المُشْتَرِى ، مع أنَّ المذهبَ عندَهم – فيما إذا قال : بعْتَنِى هذَيْن بمِائَةٍ . قال : بل أحَدُهما بخَمْسِين أو بمِائَةٍ –

(1 – 1) فى م : « كالمسلم فيه » .

الشرح الكبير

بَيْعُ مَوْصُوفٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، مثلَ أنْ يقولَ : بِعْتُكَ عَبْدًا تُرْكِيًّا . ثم يَسْتَقْصِى صِفاتِ السَّلَمِ ، فهذا فى مَعْنَى السَّلَمِ ، فمتَى سَلَّمَ إليه عَبْدًا على غيرِ ما وَصَفَ ، فَرَدَّهُ ، أو على ما وَصَفَ ، فأَبْدَلَه ، لم يَفْسُدِ العَقْدُ ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ على غيرِ هذا ، فلم يَنْفَسِخِ العَقْدُ بردِّهِ ، كما لو سَلَّمَ إليه فى السَّلَمِ غيرَ ما وَصَفَ له ، فرَدَّهُ . ولا يَجُوزُ التَّفَرُّقُ عن مَجْلِسِ العَقْدِ قبلَ قَبْضِ المَبِيعِ ، أو قَبْضِ ثَمَنِه . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الذِّمَّةِ ، فلم يَجُزِ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ قَبْضِ أَحَدِ العِوَضَيْنِ ، كالسَّلَمِ . وقال القاضى : يَجُوزُ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ حالٌّ ، فجازَ التَّفَرُّقُ فيه قبلَ القَبْضِ ، كبَيْعِ العَيْنِ .

الإنصاف

أنَّ القوْلَ قوْلُ البائعِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عدمُ بَيْعِ الآخَرِ ، مع أنَّ الأَصْلَ السَّابِقَ مَوْجودٌ هنا . وهو مُشْكِلٌ . انتهى .

فائدة : البَيْعُ بالصِّفَةِ نَوْعان ؛ أحدُهما ، بَيْعُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، مِثْلَ أنْ يقولَ : بِعْتُكَ عَبْدِىَ التُّرْكِىَّ . ويذْكُرُ صِفاتِه ، فهذا ينْفَسِخُ العَقْدُ عليه برَدِّه على البائعِ ، وتَلَفِه قبلَ قَبْضِه ، ويجُوزُ التَّفَرُّقُ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، وقبلَ قَبْضِ المَبيعِ ، كبَيْعِ الحاضِرِ . الثَّانى ، بَيْعٌ مَوْصوفٌ غيرُ مُعَيَّنٍ ، مثلَ أنْ يقولَ : [٢/٥٤ظ] بِعْتُكَ عَبْدًا تُرْكِيًّا . ثم يَسْتَقْصِىَ صِفاتِ السَّلَمِ ، فيَصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « الجامعِ الكَبيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « النُّكَتِ » : قطَع به جماعةٌ . قال فى « الرِّعايَةِ » : صحَّ البَيْعُ فى الأقْيَسِ ؛ وذلك لأنَّه فى مَعْنَى السَّلَمِ ، فمتى سلَّم إليه عَبْدًا على غيرِ ما وصَفَه له ، فردَّه ، أو على ما وصَفَه له ، فأَبْدَلَه ، لم يفْسُدِ العَقْدُ ؛

الشرح الكبير

فصل : فإن رَأَيا المَبِيعَ ، ثم عَقَدَا البَيْعَ بعد ذلك بزَمَنٍ لا تَتَغَيَّرُ العَيْنُ فيه ، جازَ ، فى قولِ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ . وحُكِيَ عن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، لا يَجُوزُ حتى يَرَيَاهَا حالَةَ العَقْدِ . وحُكِيَ ذلك عن الحَكَمِ ، وحَمّادٍ ؛ لأَنَّ ما كانَ شَرْطًا فى صِحَّةِ العَقْدِ ، يَجِبُ أنْ يكونَ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، كالشَّهادَةِ فى النِّكاحِ . ولَنا ، أنَّه مَعْلُومٌ عندهما ، أَشْبَهَ ما لو شاهَدَاه حالَ العَقْدِ ، والشَّرْطُ إنَّما هو العِلْمُ ، والرُّؤْيَةُ طَرِيقُ العِلْمِ ، ولهذا اكْتُفِيَ بالصِّفَةِ المُحَصِّلَةِ للعِلْمِ ، والشَّهادَةُ فى النِّكاحِ تُرادُ لحِلِّ العَقْدِ والاسْتِيثاقِ عليه ، فلهذا اشْتُرِطَتْ حالَ العَقْدِ . ويُقَرِّرُ ما ذَكَرْناهُ ما لو رَأَيَا دارًا ، ووَقَفا فى بَيْتٍ منها ، أو أَرْضًا ، ووَقَفَا فى طَرَفِها ، وتَبَايَعَاهَا ، صَحَّ ، بلا خِلافٍ ، مع عَدَمِ المُشاهَدَةِ للكُلِّ فى الحالِ . ولو كانتِ الرُّؤْيَةُ المَشْرُوطَةُ للبَيْعِ

الإنصاف

لأنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ على عَيْنٍ هذا . وقيلَ : لا يصِحُّ البَيْعُ . وحكَاه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رِوايَةً . وهو ظاهِرُ ماذكَرَه فى « التَّلْخِيصِ » ؛ لأنَّه اقْتصَرَ عليه . وقيل : يصِحُّ إنْ كان فى مِلْكِه ، وإلَّا فلا . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقد يُؤْخَذُ هذا مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، فى قوْلِه : ولا يصِحُّ بَيْعُ مالا يَمْلِكُه ؛ ليَمْضِيَ ، ويشْتَرِيَه ، ويُسَلِّمَه . وأطْلَقهُنَّ فى « الفُروعِ » . فعلى المذهبِ ، لايجُوزُ التَّفَرُّقُ عن مَجْلِسِ العَقْدِ قبلَ قَبْضِ المَبِيعِ ، أو قَبْضِ ثَمَنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقال القاضى : يجوزُ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، فى أوَّلِ بابِ السَّلَمِ . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُه ، لا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ ثَمَنِه ، وظاهِرُ « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه ، يُعْتَبَرُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو أَوْلَى ؛ ليَخْرُجَ عن بَيْعِ دَيْنٍ بدَيْنٍ .

الشرح الكبير

مَشْرُوطَةً حالَ العَقْدِ لاشْتُرِطَ رُؤْيَةُ جَمِيعِه . إذَا ثَبَتَ ذَلِكَ ، فَمَتَى وَجَدَ المَبِيعَ بحالِه لم يَتغَيَّرْ ، لَزِمَهُ البَيْعُ ، وإن كان ناقِصًا ثَبَتَ له الخِيارُ ؛ لأنَّ ذلك كحُدُوثِ العَيْبِ . وإنِ اخْتلَفَا فى التَّغيُّرِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يَلْزَمُه الثَّمَنُ ، فلا يَلْزَمُه ما لم يَعْتَرِفْ به . فأمّا إن عُقِدَ البَيْعُ بعد رُؤْيةِ المَبيعِ بمُدَّةٍ يَتَحقَّقُ فيها فسادُ المَبيعِ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه مِمّا لا يَصِحُّ بَيْعُه ، وإنْ كان يَتَغيَّرُ فيها ، لم يصحَّ بيعُه أيضًا ؛ لأنَّه [٢٣٥/٣ظ] مَجْهُولٌ ، وكذلك إن كان الظّاهِرُ تَغَيُّرَه ، فأمّا إن كان يَحْتَمِلُ التَّغيُّرَ وعَدَمَه ، وليس الظاهِرُ تغيّرَه ، صَحَّ بَيْعُه ؛ لأنَّ الأصْلَ السّلامَةُ ، ولم

الإنصاف

وأطْلَقَ الوَجْهَيْن فى « الفُروعِ » .

فائدة : ذكَر القاضى وأصحابُه ، أنَّه لا يصِحُّ اسْتِصْناعُ سِلْعَةٍ ؛ لأنَّه باعَ ما ليس عندَه على غيرِ وَجْهِ السَّلَمِ . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . وقالوا أيضًا : لا يصِحُّ بَيْعُ ثَوْبٍ نُسِجَ بعضُه ، على أنْ يُنْسَجَ بقِيَّتُه . وعلَّلُوا ، تبَعًا للقاضى ، بأنَّ بَيْعَ المَنْسُوجِ بَيْعُ عَيْنٍ ، والباقِىَ مَوْصُوفٌ فى الذِّمَّةِ ، ولا يصِحُّ أنْ يكونَ الثَّوْبُ الواحِدُ بعضُه بَيْعُ عَيْنٍ وبعضُه مُسْلَمٌ فيه ؛ لأنَّ الباقِىَ سَلَمٌ فى أعْيانٍ ، وذلك لا يجُوزُ ، ولأنَّه بَيْعٌ وسَلَمٌ واسْتِئْجارٌ ، فاللُّحْمَةُ غائِبَةٌ ، فهى مُسْلَمٌ فيه ، والنَّسْجُ اسْتِئْجارٌ . واقْتَصرَ على ذلك فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقال : وقيل : يصِحُّ بَيْعُه إلى المُشْتَرِى ، إنْ صحَّ جَمْعُ بَيْعٍ وإجارَةٍ منه بعَقْدٍ واحدٍ ؛ لأنَّه بَيْعٌ وسَلَمٌ ، أو شُرِطَ فيه نفْعُ البائعِ . انتهى . فإنْ أحْضرَ اللُّحْمَةَ وباعَها مع الثَّوْبِ ، وشرَط على البائعِ نَسْجَها ، فعلى الرِّوايتَيْن فى اشْتِراطِ مَنْفعَةِ البائعِ ، على ما يأْتِى . ذكَرَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَمْلِ فِى الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِى الضَّرْعِ ، وَالْمِسْكِ فِى الْفَأْرِ ، وَالنَّوَى فِى التَّمْرِ ، ....

الشرح الكبير

يُعَارِضْه ظاهِرٌ ، فصَحَّ بَيْعُه ، كما لو كانتِ الغَيْبَةُ يَسِيرةً . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ .

١٥٦٧ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، والمِسْكِ فى الفَأْرِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ) بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ فاسِدٌ بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعُوا على أنَّ بَيْعَ المَلاقِيحِ والمضَامِينِ غيرُ جائِزٍ . وإنّما لم يَجُزْ بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، لوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، الجهالَةُ ، فإنَّه لا تُعْلَمُ صِفَتُه ولا حَياتُه . والثانى ، أنَّه غيرُ مَقْدُورٍ على تَسْلِيمِه ، بخِلافِ الغائِبِ ، فإنَّه يَقْدِرُ على الشُّرُوعِ فى تَسْلِيمِه . وقد رَوَى سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ المَلاقِيحِ ، والمَضامِينِ[١] . قال أبو عُبَيْدٍ[٢] : المَلاقِيحُ ، ما فى البُطُونِ ، وهى الأجِنَّةُ ، والمَضامِينُ ، ما فِى أصْلابِ الفُحُولِ ، فكانُوا يَبِيعُونَ الجَنِينَ فى بَطْنِ النّاقَةِ ، وما يَضْرِبُه الفَحْلُ فى عامِه ، أو فى أعْوامٍ .

الإنصاف

قوله : ولا يجُوزُ بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، ولا اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ نَهَى الشَّارِعُ عنه ، فلا يصِحُّ بَيْعُه إجْماعًا . وهو بَيْعُ المَجْرِ ، ونَهَى الشَّارِعُ أيضًا عنه . قال أبو عُبَيْدٍ : هو بسُكُونِ الجِيمِ . وقال أبو عُبَيْدَةَ والقُتَيْبِىُّ : هو بفَتْحِها . والمَعْنَى واحِدٌ . ونَهَى أيضًا عن بَيْعِ المَضامِينِ والمَلاقِيحِ . قال أبو

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤١/٥ .
(٢) فى : غريب الحديث ٢٠٧/١ ، ٢٠٨ .

الشرح الكبير

وأَنْشَدَ[1] :

إنَّ المَضَامِينَ الَّتِي فِى الصُّلْبِ
مَاءُ الفُحُولِ فِى الظُّهُورِ الحُدْبِ

ورَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ المَجْرِ[2] . قال ابنُ الأعْرابِىِّ : المَجْرُ ما فى بَطْنِ النّاقَةِ ، والمَجْرُ الرِّبا . والمَجْرُ القِمارُ . والمَجْرُ المُحاقَلَةُ والمُزَابَنَةُ .

فصل : ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ. [3]مُتَّفَقٌ عليه[3]. ومَعْناه، نِتاجُ النِّتاجِ. قاله أبو عُبَيْدٍ[4]. وعن ابنِ عمرَ قال: كان أهلُ الجاهِلِيَّةِ يَتَبَايَعُونَ لحْمَ الجَزُورِ إلى حَبَلِ الحَبَلَةِ. وحَبَلُ الحَبَلَةِ أنْ تُنْتَجَ

الإنصاف

عُبَيْدٍ : المَلاقِيحُ،الأجِنَّةُ . والمَضامِينُ ، ما فى أصْلابِ الفُحُولِ . وقال ابنُ

---

(1) الرجز غير مَعْزُوٍّ ، فى : اللسان (ض م ن) ، وتهذيب اللغة ١٢/٥٠ .

(2) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٤١ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الغرر وحبل الحبلة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب السلم إلى أن تنتج الناقة ، من كتاب السلم ، وفى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٣/٩١ ، ١١٤ ، ٥/٥٤ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٣ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع حبل الحبلة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٦ . والنسائى ، فى : باب بيع حبل الحبلة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥٧ ، ٢٥٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٥٦ ، ٢/٥ ، ١١ ، ١٥ ، ٦٣ ، ٧٦ ، ٨٠ ، ١٠٨ ، ١٤٤ ، ١٥٥ .

(4) فى : غريب الحديث ١/٢٠٨ .

الشرح الكبير

النّاقةُ، ثم تَحْمِلُ التى نُتِجَتْ. فَنهاهُم النَّبِىُّ ﷺ. رَواهُ مُسْلِمٌ[1]. وكِلَا البَيْعَيْنِ فاسِدٌ؛ أمّا الأوَّلُ فَلأنَّه بَيْعُ مَعْدُومٍ، وإذا لم يَجُـزْ بَيْعُ الحَمْلِ ، فبَيْعُ حَمْلِه أوْلَى ، وأمّا الثانِى فلأنَّه بَيْعٌ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . وبه قال الشّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . ونَهَى عنه ابنُ عَبّاسٍ ، وأبو هُرَيْرَةَ . وكَرِهَهُ طاوُسٌ ، ومُجاهِدٌ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، أنّه يجوزُ أيَّامًا مَعْلُومَةً إذا عَرَفَا حِلابَها ، لِسَقْىِ الصَّبِىِّ ، كلَبَنِ الظِّئْرِ . وأجازَهُ الحَسَنُ ، وسَعِيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، ومحمدُ بنُ مَسْلَمَةَ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عَبّاسٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى أنْ يُباعَ صُوفٌ على ظَهْرٍ ، أو لبنٌ فى ضَرْعٍ . رواه الخَلَّالُ ، وابنُ ماجَه[2] . ولأنَّه مَجْهُولُ الصِّفَةِ والمِقْدارِ ، فأشْبَهَ الحَمْلَ ، ولأنَّه بَيْعُ عَيْنٍ لم تُخْلَقْ ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ ما تَحْمِلُ النّاقَةُ ، والعادَةُ فى ذلك

الإنصاف

الأعْرابِىُّ : المَجْرُ ، ما فى بَطْنِ النّاقَةِ . والمَجْرُ ، الرِّبا . والمَجْرُ ، القِمارُ . والمَجْرُ ، المُحاقَلَةُ ، والمُزابَنَةُ . انتهى . وقيلَ : المَضامِينُ ، ما فى بُطُونِها . والمَلاقِيحُ ، ما فى ظُهُورِها . وعلى التَّفْسِيرَيْن ، هو غيرُ عَسْبِ الفَحْلِ عندَ الأكْثَرِ ؛ لأنَّ عَسْبَ الفَحْلِ ، هو أنْ يُؤْجِرَ الفَحْلَ لِيَنْزُوَ على إناثِ غيرِه . وظاهِرُ ما فى [٢/٥٥و] « التَّلْخِيصِ » ، أنَّ الذى فى الظُّهورِ عَسْبُ الفَحْلِ . وقال فى « الفُروعِ » : بَيْعُ الحَمْلِ فى البَطْنِ هو بَيْعُ المَضامِينِ ، وهو المَجْرُ . انتهى .

---

(١) فى : الباب السابق . صحيح مسلم ١١٥٤/٣ .

(٢) لم نجده فى سنن ابن ماجه ، وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ... ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٤٠/٥ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع ١٤/٣ .

الشرح الكبير

تَخْتَلِفُ . وأمّا لَبَنُ الظِّئْرِ فإنَّما جازَ للحَضَانَةِ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ .

فصل: ولا يَجُوزُ بَيْعُ المِسْكِ فى الفَأْرِ[1]، وهو الوِعاءُ الذى يكونُ فيه . قال الشَّاعِرُ :

إذا التَّاجِرُ الهِنْدِىُّ رَاحَ بفَأْرَةٍ ... مِن المِسْكِ رَاحَتْ فى مَفَارِقِهِمْ تَجْرِى

[٢٣٦/٣و] فإنْ فَتَحَ، وشاهَدَ ما فيه، جازَ بَيْعُه، وإنْ لم يُشَاهِدْ، لم يَجُزْ بَيْعُه؛ للجَهالَةِ . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : يَجُوزُ ؛ لأنَّ بقاءَهُ فى فَأْرِه مَصْلَحَةٌ له ، فإنَّه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه وذَكاءَ رائِحَتِه ، أَشْبَهَ ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه . ولَنا ، أنَّه يَبْقَى خارِجَ وِعائِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، وتَبْقَى رَائِحَتُه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه مَسْتُورًا ، كالدُّرِّ فى الصَّدَفِ . وما مَأْكُولُه فى جَوْفِه إخراجُه يُفْضِى إلى تَلَفِه . فالتَّفْصيلُ فى بَيْعِه مع وِعائِه ، كالتَّفْصِيلِ فى بَيْعِ السَّمْنِ فى ظَرْفِه ،

الإنصاف

وعلى كلِّ حالٍ ، لا يجوزُ بَيْعُ عَسْبِ الفَحْلِ ، وهو ضِرابُه ، بلا نِزاعٍ . ويأْتِى فى الإجارَةِ حُكْمُ إجارَتِه . وأمَّا بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، فلا يصِحُّ . قطَع به الأصحابُ ، إلَّا أنَّ الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ قال : إنْ باعَه لَبَنًا مَوْصُوفًا فى الذِّمَّةِ ، واشْتَرطَ كوْنَه مِن شاةٍ أو بَقرةٍ مُعَيَّنَةٍ ، جازَ . وحكَى ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » ، فى جَوازِ بَيْعِه ، خِلافًا ، وأطْلَقَه .

قوله : ولا المِسْكِ فى الفَأْرِ . يعْنِى ، لا يصِحُّ بَيْعُه . وهو المذهبُ ، وقطَع

---

[1] سمى المسك فأرًا ؛ لأنه من الفأر يكون . وفأرة المسك تكون بناحية تُبَّت ، يصيدها الصياد فيعصب سُرَّتها بعصاب شديد وسرتها مدلَّاة ، فيجتمع فيها دمها ، ثم تذبح ، فإذا سكنت قور السرة المعصَّرة ثم يدفنها فى الشعير حتى يستحيل الدم الجامد مسكًا ذكيًّا . اللسان مادة : (ف أ ر) .

المقنع وَلَا الصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ بِشَرْطِ جَزِّهِ فِى الْحَالِ .

على ما نَذْكُرُه .

الشرح الكبير **فصل** : ولا يَجُوزُ بَيْعُ النَّوَى فى التَّمْرِ ، والبَيْضِ فى الدَّجاجِ ، للجَهْلِ بهما . ولا نَعْلَمُ فى هذا اخْتِلافًا . فأمَّا بَيْعُ (الصُّوفِ على الظَّهْرِ) فالمَشْهُورُ أنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثِ ، ولأنَّه مُتَّصِلٌ بالحَيَوانِ فلم يَجُزْ إفرادُه بالعَقْدِ ، كأعْضَائِه (وعنه ، أنَّه يَجُوزُ بشَرْطِ جَزِّه فى الحالِ) لأنَّه مَعْلُومٌ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه ، فجازَ بَيْعُه ، كالرَّطْبَةِ ، وفارَقَ الأعْضَاءَ ؛ لكَوْنِها لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُها مع بقاءِ الحَيَوانِ سالِمًا . والخلافُ فيه كالخِلافِ فى اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . فإنِ اشْتَراهُ بشَرْطِ القَطْعِ ، وتَرَكَه حتى طالَ ، فحُكْمُه حُكْمُ الرَّطْبَةِ إذا طالَتْ ، على ما نَذْكُرُه فى مَوْضِعِه .

فصل : فأمَّا بَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُهُ ، فإنْ أمْكَنَه مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ؛ بالذَّوْقِ إن كان مَطْعُومًا ، أو بالشَّمِّ إن كان مَشْمُومًا ، صَحَّ بَيْعُه وشِراؤُه . وإن لم يُمْكِنْ ، جازَ بَيْعُه بالصِّفَةِ ، كالبَصِيرِ ، وله خِيارُ الخُلْفِ فى الصِّفَةِ .

الإنصاف به الأصحابُ ، إلَّا أنَّ صاحِبَ « الفُروعِ » وَجَّهَ تخريجًا واحْتِمالًا بالجَوازِ ، قال : لأنَّها وِعاءٌ له تَصُونُه وتَحْفَظُه ، فيُشْبِهُ ما مأْكُولُه فى جَوْفِه ، وتُجَّارُ ذلك يعْرِفُونَه فيها ، فلا غَرَرَ . واخْتارَه صاحِبُ « الهَدْىِ » . قلتُ : وهو قَوِىٌّ فى النَّظَرِ .

قوله : والصُّوفِ على الظَّهْرِ . يعْنِى ، لا يصِحُّ بَيْعُه . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ بشَرْطِ جَزِّه فى الحالِ . قلتُ : وفيه قُوَّةٌ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . وقيَّدَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » بأنْ يكونَ مُتَّصِلًا بحَىٍّ . قلتُ : حيثُ قُلْنا بطَهارَتِه والانْتِفاعِ به ، لا يُشْترَطُ ذلك . وهو ظاهِرُ كلامِ الأكثرِ .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُلَامَسَةِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ ثَوْبِى هَذَا ، عَلَى أَنَّكَ مَتَى لَمَسْتَهُ ، فَهُوَ عَلَيْكَ بِكَذَا . أَوْ يَقُولَ : أَىُّ ثَوْبٍ لَمَسْتَهُ ، فَهُوَ لَكَ بِكَذَا . وَلَا بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَىُّ ثَوْبٍ

الشرح الكبير

وبهذا قال مالِكٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ : له الخِيارُ إلى مَعْرِفَتِه بالبَيْعِ ؛ إمّا بحَسِّه ، أو ذَوْقِه ، أو وَصْفِه . وقال عُبَيْدُ اللهِ بنُ الحَسَنِ : شِراؤُه جائِزٌ ، وإذا أَمَرَ إنْسانًا بالنَّظَرِ إليه ، لَزِمَه . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَجُوزُ إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجُوزُ فيه بَيْعُ المَجْهُولِ ، أو يكونُ قد رَآهُ بَصِيرًا ، ثم اشْتَراهُ قبلَ مُضِىِّ زَمَنٍ يَتَغَيَّرُ فيه المَبِيعُ ؛ لأنَّه مَجْهُولُ الصِّفَةِ عند العاقِدِ ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ البَيْضِ فى الدَّجاجِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ . ولَنا ، أنَّه يُمْكِنُ الاطِّلاعُ على المَقْصُودِ ومَعْرِفَتُه ، فأشْبَهَ بَيْعَ البَصِيرِ ، ولأنَّ إشارَةَ الأخْرَسِ تَقُومُ مَقامَ عِبارَتِه[1] ، فكذلك شَمُّ الأعْمَى وذَوْقُه ، فأمّا البَيْضُ والنَّوَى ، فلا يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عليه ولا وَصْفُه ، بخِلافِ مسألتِنا .

١٥٦٨ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ المُلامَسَةِ ؛ وهو أن يَقُولَ : بِعْتُكَ ثَوْبِى هذا ، على[2] أنَّكَ متى لَمَسْتَه ، فهو عَلَيْكَ بكذا . أو يقولَ : أىُّ ثَوْبٍ لَمَسْتَهُ ، فهو لَكَ بكذا . ولَا بَيْعُ المُنابَذَةِ ؛ وهو أن يقولَ :

الإنصاف

فائدة : لو اشْتَراه بشَرْطِ القَطْعِ ، وتركَه حتى طالَ ، فحُكْمُه حُكْمُ الرَّطْبَةِ إذا طالَتْ ، على ما نذْكُرُه فى بابِ بَيْعِ الأُصولِ والثِّمارِ . وذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ .

---

(١) فى ر ١ : « نطقه » .

(٢) سقط من : م .

المقنع [٩٢ظ] نَبَذْتَهُ إِلَىَّ ، فَهُوَ عَلَىَّ بِكَذَا . وَلَا بَيْعُ الْحَصَاةِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ : ارْمِ هَذِهِ الْحَصَاةَ ، فَعَلَى أَىِّ ثَوْبٍ وَقَعَتْ ، فَهُوَ لَكَ بِكَذَا . أَوْ يَقُولَ : بِعْتُكَ مِنْ هَذِهِ الْأَرْضِ قَدْرَ مَا تَبْلُغُ هَذِه الْحَصَاةُ إِذَا رَمَيْتَهَا بِكَذَا .

الشرح الكبير أىُّ ثَوْبٍ نَبَذْتَه إِلَىَّ ، فهو عَلَىَّ بكذا . ولا بَيْعُ الحَصَاةِ ؛ وهو أنْ يقولَ : ارْمِ هذه الحَصَاةَ ، فعَلَى أىِّ ثَوْبٍ [٢٣٦/٣ظ] وَقَعَتْ ، فهو لَكَ بكذا . أو يقولَ : بِعْتُكَ مِن هذه الأَرْضِ قَدْرَ ما تَبْلُغُ هذه الحَصَاةُ إذا رَمَيْتَها بكذا) لا نَعْلَمُ بينَ أَهْلِ العِلْمِ خِلافًا فى فَسادِ هذه المُبايَعاتِ . والمُلَامَسَةُ ، أن يَبِيعَه شَيْئًا ، ولا يُشاهِدَه ، على أنَّه مَتَى لَمَسَهُ وَقَعَ البَيْعُ . والمُنَابَذَةُ ، أن يقولَ : أىُّ ثَوْبٍ نَبَذْتَه إلَىَّ، فقد اشْتَرَيْتُه بكذا. هكذا فَسَّرَهُ أحمدُ فى الظَّاهِرِ عنه. ونحوَه قال مالِكٌ، والأَوْزَاعِىُّ. وفيما رَوَى البُخَارِىُّ[1] أنَّ رَسُولَ اللهِ

الإنصاف ....

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يستر من العورة ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنابذة ، وباب بيع المخاضرة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب اشتمال الصماء ، وباب الاحتباء فى ثوب واحد ، من كتاب اللباس ، وفى : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخارى ١٠٣/١ ، ٩١/٣ ، ٩٢ ، ١٠٢ ، ١٩٠/٧ ، ١٩١ ، ٧٩/٨ . ومسلم ، فى : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥١/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الملامسة والمنابذة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٥/٦ ، ٤٦ . والنسائى ، فى : باب بيع الملامسة ، وباب تفسير ذلك ، وباب بيع المنابذة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٨/٧ – ٢٣٠ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المنابذة والملامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن المنابذة والملامسة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى لبس الثياب ، من كتاب اللبس . الموطأ ٦٦٦/٢ ، ٩١٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٩/٢ ، ٤١٩ ، ٤٦٤ ، ٤٧٦ ، ٤٨٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٩ ، ٦/٣ ، ٦٦ ، ٩٥ .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَلَا عَبْدًا مِنْ عَبِيدٍ ، وَلَا شَاةً

الشرح الكبير

ﷺ نَهَى عن المُنَابَذَةِ، وهى طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَه بالبَيْعِ إلى الرَّجُلِ، قبلَ أن يُقَلِّبَه أو يَنْظُرَ إليه، ونَهَى عن المُلَامَسَةِ، والمُلامَسَةُ لَمْسُ الثَّوْبِ لا يَنْظُرُ إليه. ورَوَى مُسْلِمٌ[1] عن أبي هُرَيْرَةَ فى تفسيرِهما، قال: هو لَمْسُ كُلِّ واحِدٍ منهما ثَوْبَ صاحِبِه بغَيْرِ تَأَمُّلٍ، والمُنابَذَةُ، أَنْ يَنْبِذَ كُلُّ واحِدٍ منهما ثَوْبَه، و لم يَنْظُرْ كُلُّ واحِدٍ منهما إلى ثَوْبِ صاحِبِه. وعلى التَّفْسِيرِ الأَوَّلِ لا يَصِحُّ البَيْعُ فيهما؛ لِعِلَّتَيْنِ؛ إحْداهُما، الجَهالَةُ. والثانِيَةُ ، كَوْنُه مُعَلَّقًا على شَرْطٍ ؛ وهو نَبْذُ الثَّوْبِ ، أو لَمْسُه له . وإنْ عَقَدَ البَيْعَ قبلَ نَبْذِه ولَمْسِه ، فقال : بِعْتُكَ مَا تَلْمِسُهُ مِن هذه الثِّيابِ . أو : ما أَنْبِذُه إليك . فهو غيرُ مُعَيَّنٍ ولا مَوْصُوفٍ ، فأَشْبَهَ ما لو قالَ : بِعْتُكَ واحِدًا منهما . فأَمَّا بَيْعُ الحَصَاةِ ، فقد رَوَى مسلمٌ[2] ، عن أَبِى هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، نَهَى عن بَيْعِ الحَصَاةِ . واخْتُلِفَ فى تَفْسِيرِه ، فقيلَ : هو أنْ يقولَ : ارْمِ هذه الحَصَاةَ ، فعلى أىِّ ثَوْبٍ وَقَعَتْ ، فهو لَكَ بدِرْهَمٍ . وقيلَ : هو أَنْ يقولَ : بِعْتُكَ مِن هذه الأَرضِ مِقْدارَ ما تَبْلُغُ هذه الحَصاةُ إذا رَمَيْتَها ، بكذا . وقيلَ : هو أَنْ يقولَ : بِعْتُكَ هذا بكذا ، على أَنِّى مَتَى رَمَيْتُ هذه الحَصاةَ ، وَجَبَ البَيْعُ . وكُلُّ هذه البُيُوعِ فَاسِدَةٌ ؛ لِما فيها مِن الغَرَرِ والجَهْلِ . واللهُ تعالَى أَعْلَمُ .

١٥٦٩ – مسألة : (ولا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، ولا عَبْدًا

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ أَنْ يَبِيعَ عَبْدًا غيرَ مُعَيَّنٍ . بلا نِزاعٍ .

---

(١) فى : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٢/٣ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

المقنع

مِنْ قَطِيعٍ ، وَلَا شَجَرَةً مِنْ بُسْتَانٍ ، وَلَا هَؤُلَاءِ الْعَبِيدَ إِلَّا وَاحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَلَا هَذَا الْقَطِيعَ إِلَّا شَاةً . وَإِنِ اسْتَثْنَى مُعَيَّنًا مِنْ ذَلِكَ ، جَازَ .

الشرح الكبير

مِن عَبِيدٍ ، ولا شاةً مِن قَطِيعٍ ، ولا شَجَرَةً مِن بُسْتانٍ ، ولا هؤلاءِ العَبِيدَ إلَّا واحِدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، ولا هذا القَطِيعَ إلَّا شاةً غيرَ مُعَيَّنةٍ . وإنِ اسْتَثْنَى مُعَيَّنًا مِن ذلك ، جازَ) لا يَجُوزُ أنْ يَبِيعَ عَبْدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، ولأنَّه غَرَرٌ ، وقد نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عن بَيْعِ الغَرَرِ[1] . ولا عَبْدًا مِن عَبِيدِه ، سواءٌ قَلُّوا أو كَثُرُوا . وبه قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إذا باعَه عَبْدًا مِن عَبْدَيْنِ ، أو مِن ثَلاثَةٍ ، بشَرْطِ الخِيارِ له ، صَحَّ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، ولو كانُوا أكْثَرَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَكْثُرُ الغَرَرُ . ولَنا ، أنَّه مِمّا تَخْتَلِفُ أجْزاؤُه وقِيمَتُه ، فلا يَجُوزُ شِراءُ بَعْضِه غيرَ مُعَيَّنٍ ولا مُشاعًا[2] ، كالأَرْبَعَةِ ، ولأنَّه [٣/٢٣٧و] لا يَصِحُّ مِن غيرِ شَرْطِ الخِيارِ ، فلا يَصِحُّ مع

الإنصاف

قوله : ولا عَبْدًا مِن عبيدٍ ، ولا شاةً مِن قَطِيعٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وصرَّحوا به . وظاهِرُ كلامِ الشَّريفِ أبى جَعْفَرٍ ، وأبى الخَطَّابِ ، أنَّه يصِحُّ إنْ تَساوَتْ قِيمَتُهم . قلتُ : هذا كالمُتعَذِّرِ وُجودُه . وقال فى « الانْتِصارِ » ، فى مسْأَلَةِ تَعْيِينِ النُّقودِ : إنْ ثبَت للثِّيابِ عُرْفٌ وصِفَةٌ ، صحَّ إطْلاقُ العَقْدِ عليها ، كالنُّقودِ . أوْمَأَ إليه أحمدُ . وفى « المُفْرَداتِ » ، يصِحُّ بَيْعُ عَبْدٍ مِن ثَلاثَةِ أعْبُدٍ ، بشَرْطِ الخِيارِ .

فائدة : لايصِحُّ بَيْعُ المَغْرُوسِ فى الأرْضِ الذى يظْهَرُ ورَقُه فقط ، كاللِّفْتِ ، والفُجْلِ ، والجَزَرِ ، والقُلْقاسِ ، والبَصَلِ ، والثُّومِ ، ونحوِ ذلك . على الصَّحيحِ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

(٢) فى م : « شياع » .

الشرح الكبير

شَرْطِه ، كالأَرْبَعَةِ ، ولا حاجَةَ إلى هذا ، فإنَّ الاخْتِيارَ يمْكِنُ قبلَ العَقْدِ ، ويبطلُ ما قالوه بالأَرْبَعَةِ . ولا يجوزُ بَيْعُ شاةٍ مِن القَطِيعِ ؛ لأَنَّ شِياهَ القَطِيعِ غيرُ مُتَساوِيَةِ القِيَمِ ، فَتَكُونُ مَجْهُولَةً ، ولأَنَّ ذلك يُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، وكذلك إنْ باعَ شَجَرةً مِن بُسْتَانٍ ، لا يَصِحُّ ؛ لِما ذَكَرْنَا ، ولأَنَّ فيه غَرَرًا ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ عن بَيْعِ الغَرَرِ .

فصل : وإنْ باعَ هؤلاءِ العَبِيدَ إلَّا واحِدًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، أو هذا القَطِيعَ إلَّا شاةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه . وهو قولُ أكثرِ أَهْلِ العِلْمِ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ أنْ يَبِيعَ مائَةَ شاةٍ إلَّا شاةً يَخْتَارُها ، ويَبِيعَ ثَمَرَةَ حائِطٍ ، ويَسْتَثْنِىَ ثَمَرَةَ نَخلاتٍ يَعُدُّهَا . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، نَهَى عن الثُّنْيا[1] إلَّا أنْ تُعْلَمَ . قال التِّرمِذِىُّ[2] : هذا حَدِيثٌ صَحِيحٌ . ونَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ[3] . ولأنَّه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ،[4] والمُسْتَثْنَى منه مَجْهولٌ[4]، فلم يَصِحَّ ،

الإنصاف

مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . ذكَرَاه فى باب[5] بَيْعِ الأُصُولِ والثِّمارِ . وقيل : يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وقال : اخْتارَه بعضُ أصحابِنا . واخْتارَه فى « الفائقِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : قلتُ : ويَحْتَمِلُ الصِّحَّةَ ، وله الخِيارُ بعدَ قَلْعِه .

---

(١) الثنيا ، بضم المثلثة : كل ما استثنيته .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٣٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن الثنيا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩٠ . والنسائى ، فى : باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهُ قَفِيزًا مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

كما لو قال : إلَّا شاةً مُطْلَقَةً . ولأنه مَبِيعٌ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ شاةً تَخْتارُها مِن القَطِيعِ . وضابِطُ هذا البابِ ، أنَّه لا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ ما لا يَصِحُّ بَيْعُه مُنْفَرِدًا ، أو بَيْعُ ما عَداهُ مُنْفَرِدًا عن المُسْتَثْنَى . ونحوُه مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ أصْحابَنا اسْتَثْنَوْا مِن هذا سواقِطَ الشّاةِ ؛ للأثَرِ الوارِدِ[1] ، فَيَبْقَى فيما عَداهُ على قَضِيَّةِ الأصْلِ . فإنِ اسْتَثْنَى مُعَيَّنًا مِن ذلك ، جازَ ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ؛ لكَوْنِ المُسْتَثْنَى مَعْلُومًا ، ولا يَبْقَى فيه غَرَرٌ ، ولأنَّ نَهْىَ النَّبِىِّ ﷺ عن الثُّنْيا ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ ، يَدُلُّ على الصِّحَّةِ إذا كانت مَعْلُومَةً ، ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا .

١٥٧٠ – مسألة : (وإنْ باعَ قَفِيزًا[2] مِن هذه الصُّبْرَةِ ، صَحَّ)

الإنصاف

قال فى « الفائقِ » : وخرَّجه ابنُ عَقِيلٍ على رِوايَتَىِ الغائبِ . قال الطُّوفِىُّ فى « شَرْحِ الخِرَقِىِّ » : والاسْتِحْسانُ جَوازُه ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه ، والغرَرُ يَنْدَفِعُ باجْتِهادِ أهْلِ الخِبْرَةِ والدُّرْبَةِ به ، وهو مذهَبُ مالِكٍ . انتهى .

قوله : ولا شَجَرةً من بُسْتانٍ ، ولا هؤلاءِ العَبِيدَ إلَّا واحِدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، ولا هذا القَطِيعَ إلَّا شاةً . بلا نِزاعٍ . ونصَّ عليه [٢/٥٥ظ] .

فائدة : لا يجوزُ بَيْعُ العَطاءِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه غَرَرٌ ومَجْهُولٌ ، ولا رُقْعَةَ به . وعنه ، يَبِيعُها بعَرْضٍ[3] مَقْبُوضٍ .

تنبيه : قوله : وإنْ باعَه قَفِيزًا مِن هذه الصُّبْرَةِ ، صَحَّ . مُقَيَّدٌ بأنْ تكونَ الصُّبْرَةُ

(١) يأتى تخريجه فى صفحة ١٢٧ .

(٢) القفيز : مكيال كان يكال به قديما ، ويعادل بالتقدير المصرى الحديث نحو ستة عشر كيلو جرامًا .

(٣) فى ا : « بعوض » .

الشرح الكبير

لأنَّه مَعْلُومٌ ؛ لكَوْنِ أَجْزائِها لا تَخْتَلِفُ ، فلا تُفْضِى إلى الجَهالَةِ . وكذلك إذا باعَه رَطْلًا مِن دَنٍّ ، أو مِن زُبْرَةِ حَدِيدٍ ، يصِحُّ ؛ لذلك . وحُكِىَ عن داودَ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه غيرُ مُشاهَدٍ ولا مَوْصُوفٍ . ولَنا ، أنَّ المَبِيعَ مُقَدَّرٌ مَعْلُومٌ مِن جُمْلَةٍ يَصِحُّ بَيْعُها ، أشْبَهَ إذا باعَ نِصْفَها ، وما ذَكَرَه قِياسٌ ، وهو لا يَحْتَجُّ بالقِياسِ ، ثم لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه إذا شاهَدَ الجَمِيعَ فقد شاهَدَ البَعْضَ .

الإنصاف

أكثرَ مِن قَفِيزٍ . وهو الظَّاهِرُ مِن كلامِهم . ومُقَيَّدٌ أيضًا بأنْ تكونَ أجْزاؤُها مُتَساوِيَةً ، فلو اخْتلَفَتْ أجْزاؤُها ، لم يصِحَّ البَيْعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كصُبْرَةِ بَقَّالِ القَرْيَةِ ، والمُحدِّرِ مِن قَرْيَةٍ إلى قَرْيَةٍ بجمِيعِ[1] ما يَبِيعُ به مِنَ البُرِّ مثَلًا ، أو الشَّعِيرِ المُخْتَلِفِ الأوْصافِ . وقيل : يصِحُّ ذلك مِن صُبْرَةِ بقَّالِ القَرْيَةِ . ويَحْتَمِلُه كلامُ المْصَنِّفِ . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وإنْ باعَ نِصْفَها ، أو ثُلُثَها ، أو جُزْءًا منها ، صحَّ مُطْلَقًا ؛ لظاهِرِ النُّصُوصِ . وقيل : إنِ اخْتلفَتْ أجزاؤُها ، كصُبْرَةِ بقَّالِ القَرْيَةِ ، لم يصِحَّ . انتهى . وهذه المَسْأَلَةُ غيرُ مَسْأَلَةِ المُصَنِّفِ فيما يظْهَرُ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تَلِفَتِ الصُّبْرَةُ كلُّها إلَّا قَفِيزًا ، كان هو المَبِيعَ . قالَه الأصحابُ . الثانيةُ ، لو فَرَّقَ قُفْزانَ الصُّبْرَةِ المُتَساوِيَةِ الأجْزاءِ ، وباعَ أحدَها مُبْهَمًا ، صحَّ . قدَّمه فى « الرِّعايةِ » . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ بعدَ المِائَةِ » : ظاهِرُ كلامِ القاضى الصِّحَّةُ ؛ لأنَّه ذكَر فى « الخِلافِ » صِحَّةَ إجارَةِ عَيْنٍ مِن أعْيانٍ مُتَقارِبَةِ النَّفْعِ ؛ لأنَّ المَنافِعَ لا تَتفاوَتُ كالأعْيانِ . انتهى . قُلتُ[2] : وهو

---

(١) فى الأصل ، ا : « يجمع » .

(٢) سقط من الأصل ، ط .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهُ الصُّبْرَةَ إِلَّا قَفِيزًا ، أَوْ ثَمَرَةَ الشَّجَرَةِ إِلَّا صَاعًا ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ .

الشرح الكبير

١٥٧١ – مسألة : (وإن باعَه الصُّبْرَةَ إلَّا قَفِيزًا ، أو ثمرةَ الشَّجَرَةِ إلَّا صاعًا ، لم يَصِحَّ . وعنه ، يَصِحُّ) إذا باعَ صُبْرَةً ، واسْتَثْنَى منها قَفِيزًا ، أو أقْفِزَةً ، أو باعَ ثمرةَ بُسْتَانٍ ، واسْتَثْنَى منها صاعًا ، أو آصُعًا ، لم يَصِحَّ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . رُوِىَ ذلك عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحَسَنِ ، والشّافِعِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وفيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَجُوزُ . وهو قَوْلُ ابنِ سِيرِينَ ، وسالِمِ بنِ عبدِ اللهِ ، ومالِكٍ ؛ لأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ [٣/٢٣٧ظ] نَهَى عن الثُّنْيَا ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ . وهذه ثُنْيَا مَعْلُومَةٌ ، ولأنَّه مَعْلُومٌ ، أشْبَهَ إذا اسْتَثْنَى منها جُزْءًا مُشاعًا . وَوَجْهُ الأُولَى ، ما رَوَى البُخارِىُّ[1] ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ،

الإنصاف

الصَّوابُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ . صحَّحَه فى « التَّلْخيصِ » . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ » .

قوله : وإن باعَه الصُّبْرَةَ إلا قَفِيزًا ، لم يصِحَّ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم : لم يصِحَّ فى ظاهرِ المذهبِ . وعنه ، يصِحُّ . قلت : وهو قَوِىٌّ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يعْلَما قُفْزانَها ، فأمَّا إنْ عَلِمَا قُفْزانَها ، فيَصِحُّ

---

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب النهى عن المحاقلة والمزابنة ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧٥ . بزيادة : « إلا أن تعلم » فى صفحة ١١٥ . وأصل الحديث عند البخارى بدون ذكر الثنيا . صحيح البخارى ٣/١٠١ .

الشرح الكبير

نَهى عن الثُّنْيا . ولأنَّ المَبيعَ إنَّما عُلِمَ بالمُشاهَدَةِ لا بالقَدْرِ ، والاسْتِثْناءُ يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشاهَدَةِ ؛ لأنَّه لا يدرِى كم يَبْقَى فى حُكْمِ المُشاهَدَةِ ، فلم يَجُزْ ، ويُخالِفُ الجُزْءَ ، فإنَّه لا يُغَيِّرُ[1] حُكْمَ المُشاهَدَةِ ، ولا يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بها . وكذلك إذا باعَ ثَمرةَ شَجَرَةٍ واسْتَثْنَى أرْطالًا ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا . وقال القاضِى فى « شَرْحِه » : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الصَّحابَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أجازُوا اسْتِثْنَاءَ سَواقِطِ الشَّاةِ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْناه . وهذه المسألةُ أشْبَهُ بمسألةِ اسْتِثْناءِ الصَّاعِ مِن الحائِطِ ، والمَعْنَى الذى ذَكَرْناه ثَمَّ مُتَحقِّقٌ هٰهُنا .

فصل : فإنِ اسْتَثْنَى مِن الحائِطِ شَجَرَةً بعَيْنِها ، جازَ ؛ لأنَّ المُسْتَثْنَى مَعْلُومٌ ، ولا يُؤَدِّى إلى الجَهالَةِ فى المُسْتَثْنَى منه . وإنِ اسْتَثْنَى شَجَرَةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المُسْتَثْنَى مَجْهُولٌ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ أنْ يَسْتَثْنِىَ ثَمَرَةَ نَخَلاتٍ يَعُدُّها . وقد ذَكَرْناه . وقد رُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه باعَ

الإنصاف

بلا نِزاعٍ . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . وهو واضِحٌ .

فائدة : لا يُشْترَطُ مَعْرِفَةُ باطِنِ الصُّبْرَةِ ، وكذا لا يُشْترَطُ تَساوِى مَوْضِعِها[2] . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الجُمْهُورُ . وشرَطَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنبيهِ » ، إلَّا أنْ يكونَ يَسِيرًا . فعلى المذهبِ ، إنْ ظَهَر تحتَها رَبْوَةٌ ونحوُها ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بينَ الرَّدِّ والإمْساكِ ، كما لو وجَد باطِنَها رَدِيئًا . نصَّ عليه . ويَحْتَمِلُ أنْ يرْجِعَ بمِثْلِ ما فاتَ . قالَه ابنُ عَقِيلٍ . وإنْ ظَهَر تحتَها حُفْرَةٌ ، أو باطِنُها خَيْرٌ مِن

---

(١) فى م : « يعتبر » .

(٢) فى ا : « موضوعها » .

الشرح الكبير

ثَمَرَةً بأَرْبَعَةِ آلافٍ ، واسْتَثْنَى طعامَ الفِتْيانِ ، وهذا يَحْتَمِلُ أنَّه اسْتَثْنَى نَخْلًا مُعَيَّنًا بقَدْرِ طعامِ الفِتْيانِ ؛ لأنَّه لو حُمِلَ على غيرِ ذلك ، لكان مُخالِفًا لنَهْىِ النَّبِيِّ ﷺ عن الثُّنْيَا ، إلَّا أن تُعْلَمَ . ولأنَّ المُسْتَثْنَى متى كان مَجْهُولًا ، لَزِمَ أنْ يكونَ الباقِى بعدَه مَجْهُولًا ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كما لو قال : بِعْتُكَ مِن هذه الثَّمرَةِ طعامَ الفِتْيانِ .

فصل : وإنِ اسْتَثْنَى جُزْءًا مَعْلُومًا مِن الصُّبْرَةِ أو الحائِطِ ، مُشاعًا ، (1)كثُلُثٍ أو رُبْعٍ(1) ، أو أجْزاءٍ ، كثَلاثَةِ أثْمانٍ ، صَحَّ البَيْعُ والاسْتِثْناءُ . ذَكَرَه أصْحابُنا . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِيِّ . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسَى : لا يَجُوزُ . ولنا ، أنَّه لا يُؤَدِّى إلى جَهالةِ المُسْتَثْنَى ولا المُسْتَثْنَى منه ، فَصَحَّ ، كما لو اسْتَثْنَى شَجَرَةً بعَيْنِها ؛ وذلك لأنَّ مَعْنى : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ إلَّا ثُلُثَها . أى بِعْتُكَ ثُلُثَيْها . وإنْ باعَ حَيَوانًا واسْتَثْنَى ثُلُثَه ، جازَ . ومَنَعَ منه القاضِى ، قِياسًا على اسْتِثْناءِ الشَّحْمِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الشَّحْمَ مَجْهُولٌ

الإنصاف

ظاهِرِها ، فلا خِيارَ للمُشْتَرِى ، وللبائعِ الخِيارُ إنْ لم يَعْلَمْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ أنه لا خِيارَ له . قالَه المُصَنِّفُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يأْخُذَ منها ما حصَل فى الانْخِفاضِ . قالَه ابنُ عَقِيلٍ . واخْتارَ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، أنَّ حُكْمَ المَسْأَلَةِ الأُولَى حُكْمُ مالو باعَه أرْضًا على أنَّها عشَرَةُ أذْرُعٍ ، فَبانَتْ تِسْعَةً . وحُكْمُ الثَّانِيَةِ ، حُكْمُ مالو باعَه على أنَّها عشَرَةٌ ، فبانتْ أحَدَ عشَرَ .

فائدة : اسْتِثْناءُ صاعٍ مِن ثَمَرَةِ بُسْتانٍ ، كاسْتِثْناءِ قَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ . قالَه الأصحابُ . وأطْلَقَ الخِلافَ فى هذه المَسْأَلَةِ فى « المُسْتَوْعِبِ » [٢/٥٦و] ،

(1 - 1) فى م : « كثلاث أو أربع » .

الشرح الكبير

لا يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، وهذا مَعْلُومٌ ، يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فَصَحَّ اسْتِثْنَاؤُه ، كالشَّجَرَةِ المُعَيَّنَةِ ، وقياسُ المَعْلُومِ على المَجْهُولِ فى الفَسادِ لا يَصِحُّ . فعلى هذا يَصِيرانِ شَرِيكَيْنِ فيه ؛ للمُشْتَرِى ثُلُثاهُ ، وللبائِعِ ثُلُثُه .

فصل : وإذا قال : بِعْتُكَ قَفِيزًا مِن هذه الصُّبْرَةِ إلَّا مَكُوكًا[1] . جازَ ؛ لأَنَّ القَفِيزَ مَعْلُومٌ ، والمَكُوكَ مَعْلُومٌ ، فلا يُفْضِى إلى جَهالَةٍ . ولو قال : بِعْتُكَ هذه الثمرَةَ بأَرْبَعَةِ دَراهِمَ إلَّا بقَدْرِ دِرْهَمٍ . [٢٣٨/٣و] صَحَّ ؛ لأَنَّ قَدْرَهُ مَعْلُومٌ مِن المَبِيعِ ، وهو الرُّبْعُ ، فكأَنَّه قال : بِعْتُكَ ثَلاثَةَ أَرْبَاعِ هذه الثمرَةِ بأَرْبَعَةِ دَراهِمَ . وإنْ قال : إلَّا ما يُسَاوِى دِرْهَمًا . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ ما يُساوِى الدِّرْهَمَ قد[2] يكونُ الرُّبْعَ ، وأكثَرَ وأقَلَّ ، فيكُونُ مَجْهُولًا ، فَيَبْطُلُ .

الإنصاف

و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ بالصِّحَّةِ فيها . ويأْتِى قريبًا ، إذا اسْتَثْنَى مُشاعًا مِن صُبْرَةٍ أو بُسْتانٍ ونحوِه ، كثُلُثٍ ورُبْعٍ .

قوله : أو ثَمَرَةَ الشَّجَرَةِ إلَّا صاعًا ، لم يصِحَّ . فى هذه المسْأَلَةِ طَرِيقان ؛ أحدُهما ، أنَّ حُكْمَ اسْتِثْناءِ صاعٍ مِن شجَرَةٍ ، كاسْتِثْناءِ قَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ . وهى طرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وصاحِبِ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فيها فى « المُسْتَوْعِبِ » . والطَّرِيقُ الثَّانِى ، صِحَّةُ اسْتِثْناءِ صاعٍ مِن شجَرَةٍ ، ولو منَعْنا مِن صِحَّتِه فى الصُّبْرَةِ . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى « شَرْحِه » ، « وجامِعِه الصَّغِيرِ » ، وقاسَها على سَواقِطِ الشَّاةِ ، وقدَّمها فى

---

(١) المكوك : مكيال قديم ، قيل : يسع صاعًا ونصفًا .
(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ بَاعَهُ أَرْضًا إِلَّا جَرِيبًا، أَوْ جَرِيبًا مِنْ أَرْضٍ يَعْلَمَانِ جُرْبَانَهَا، صَحَّ، وَكَانَ مُشَاعًا فِيهَا ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير **١٥٧٢** - مسألة : (وإنْ باعَه أرْضًا إلَّا جَرِيبًا[1] ، أو جَرِيبًا مِن أَرْضٍ يَعْلَمانِ جُرْبَانَها ، صَحَّ ، وكان مُشَاعًا فيها ، وإلَّا لم يَصِحَّ) إذا باعَه أرْضًا إلَّا جَرِيبًا ، يُرِيدانِ بذلك قَدْرًا غيرَ مُشَاعٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الأَرْضَ لا تَتَساوَى أجْزاؤُها ، فيكونُ البَيْعُ مَجْهُولًا ، فهو كما لو بَاعَهُ شاةً مِن قَطِيعٍ ، أو عَبْدًا مِن عَبِيدٍ ، وإنْ كان الجَرِيبُ المُسْتَثْنَى مُشَاعًا فى الأَرْضِ ، وهما يَعْلَمانِ جُرْبَانَها ، صَحَّ ؛ لأَنَّها إذا كانت عشرَةَ أجْرِبَةٍ ، فقد باعَ تِسْعَةَ أعْشارِ هذه الأَرْضِ ، وهو مَعْلُومٌ بالمُشَاهَدَةِ ، وإنْ لم يَعْلَما جُرْبَانَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ المَبِيعَ غيرُ مَعْلُومٍ ، فهو كما لو باعَ هؤلاء العَبِيدَ إلَّا واحِدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، وكذلك إنْ باعَهُ جَرِيبًا مِن هذه الأَرْضِ ، إنْ أرادَ قَدْرًا غيرَ مُشاعٍ ، لم يصِحَّ ، وإنْ باعَهُ مُشاعًا ، وهما يَعْلَمانِ جُرْبَانَها ، صَحَّ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الجريبَ عِبارَةٌ عن بُقْعَةٍ

الإنصاف « الفُروعِ » . فهذا المذهبُ ، على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . ورَدَّ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ذلك .

قوله : وإنْ باعَه أرْضًا إلَّا جَرِيبًا، أو جَرِيبًا مِن أرْضٍ يَعْلَمان جُرْبانَها، صَحَّ، وكان مُشاعًا فيها ، وإلَّا لم يصِحَّ . يعْنِى ، وإنْ لم يعْلَما جُرْبانَها ، لم يصِحَّ ، وكذا الحُكْمُ لو باعَه ذِراعًا مِن ثَوْبٍ . واعلمْ أنَّه إذا عَلِما الجُرْبانَ ، والأَذْرُعَ فى الثَّوْبِ ، صح البَيْعُ ، وكان مُشاعًا ، وإنْ لم يَعْلَما ذلك ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

---

(١) الجريب : الوادى ، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض .

الشرح الكبير

بِعَيْنِها ، ومَوْضِعُه مَجْهُولٌ . ولَنا ، أنَّ الجَرِيبَ مِن عَشرةٍ عُشْرُها . ولو قال : بِعْتُكَ عُشْرَ هذه الأرْضِ . صَحَّ ، فكذلك إذا باعَهُ منها جَرِيبًا مُشَاعًا ، وهى عَشَرَةٌ . وما قالوه غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ (١بل هو١) عِبارَةٌ عَن قَدْرٍ ، كما أنَّ المِكْيالَ عِبارَةٌ عن قَدْرٍ ، فإذَا أضافَه إلى جُمْلَةٍ ، كان ذلك جُزْءًا منها . وإن كانَا لا يَعْلَمانِ ذُرْعانَ الدّارِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الجُمْلَةَ غيرُ مَعْلُومَةٍ ، وأجْزاءَ الأرْضِ مُخْتَلِفَةٌ ، فلا يُمْكِنُ أنْ يكونَ مُعَيَّنًا ولا مُشاعًا . وإنْ قال : بِعْتُكَ مِن الأرْضِ مِن هٰهُنا إلى هٰهُنا . جازَ ؛ لأنَّهُ مَعْلُومٌ . وإن قال : عَشَرَةُ أذْرُعٍ ، ابْتِداؤُها مِن هُنَا إلى حيثُ يَنْتَهِى الذَّرْعُ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المَوْضِعَ الذى يَنْتَهِى إليه الذَّرْعُ لا يُعْلَمُ حالَ العَقْدِ . وإن قال : بِعْتُكَ نَصِيبِى مِن هذه الدّارِ . ولا يُعْلَمُ قَدْرُ نَصِيبِه . أو قال : نَصِيبًا منها . أو : سَهْمًا . لم يَصِحَّ ؛ للجَهالَةِ ، وإنْ عَلِماهُ ، صَحَّ . وإن قال : بِعْتُكَ نصفَ دَارِى مِمّا يلى دارَكَ . لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه لا يَدْرِى إلى أين يَنْتَهِى ، فيكونُ مَجْهُولًا .

الإنصاف

قال فى « الفُروعِ » فيهما : لم يصِحَّ فى الأصحِّ . ذكَرَه صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ؛ لأنَّه لا مُعَيَّنًا ولا مُشاعًا . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . ولو قال : بِعْتُك مِن هذا الثَّوْبِ ؛ مِن هذا المَوْضِعِ إلى هذا . صحَّ ، فإنْ كان القَطْعُ لا يُنْقِصُه ، قطَعاه ، وإنْ كان يُنْقِصُه وتَشاحَّا ، صحَّ ، وكانا شَرِيكَيْن فيه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال القاضى : لا يصِحُّ . وعلَّله بأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ المَبِيعِ إلَّا بضَرَرٍ يدْخُلُ عليهما .

(١ - ١) فى م : « لأنه » .

المقنع وَإِنْ بَاعَهُ حَيَوَانًا مَأْكُولًا إِلَّا رَأْسَهُ ، وَجِلْدَهُ ، وَأَطْرَافَهُ ، صَحَّ . وَإِنِ اسْتَثْنَى حَمْلَهُ ، أَوْ شَحْمَهُ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير **فصل** : وحُكْمُ الثَّوْبِ حُكْمُ الأرْضِ ، إلَّا أنَّه إذا قال : بِعْتُكَ مِن هذا الثَّوْبِ مِن هذا المَوْضِعِ إلى هذا . صَحَّ ، فإن كان القَطْعُ لا يَنْقُصُه ، قَطعاه ، وإن كان يَنْقُصُه ، وشَرَطَ البائِعُ أنْ يَقْطَعَ له ، أو رَضِىَ بقَطْعِه هو والمُشْتَرِى ، جازَ . وإنْ تَشاحَّا فى ذلك ، كانا شَرِيكَيْنِ فيه ، كما يَشْتَرِكانِ فى الأرْضِ . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على التَّسْلِيمِ إلَّا بضَرَرٍ ، أشْبَهَ [٢٣٨/٣ظ] ما لو باعَهُ نِصْفًا مُعَيَّنًا مِن الحَيوانِ . ولَنا ، أنَّ التَّسْلِيمَ مُمْكِنٌ ، ولُحُوقُ الضَّرَرِ لا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إذا حَصَلَ الرِّضَا ، فهو كما لو باعَه نِصْفَ حَيَوانٍ مُشَاعًا ، وفارَقَ نِصْفَ الحَيَوانِ المُعَيَّنَ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه مُفْرَدًا ، إلَّا بإتْلافِه وإخْرَاجِه عن المالِيَّةِ .

١٥٧٣ - مسألة : (وإن باعَهُ حَيَوانًا مَأْكُولًا إلَّا رَأْسَه ، أو جِلْدَه ، أو أطْرَافَهُ ، صَحَّ . وإنِ اسْتَثْنَى حَمْلَه ، أو شَحْمَه ، لم يَصِحَّ) إذا باعَهُ حَيَوانًا

الإنصاف واقْتَصرَ على قَوْلِ القاضى فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وهو بعِيدٌ .

فائدة : لو باعَه عشَرَةَ أذْرُعٍ ، وعيَّن الابْتِداءَ دُونَ الانْتِهاءِ ، لم يصِحَّ البَيْعُ . نصَّ عليه . ومثْلُه لو قال : بِعْتُك نِصْفَ هذه الدَّارِ التى تَلِينى . ذكَرَه المَجْدُ وغيرُه .

قوله : وإنْ باعَه حَيَوانًا مَأْكُولًا إلَّا رَأْسَه وجِلْدَه وأطرافَه ، صَحَّ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ،

الشرح الكبير

مَأْكُولًا ، واسْتَثْنَى رَأْسَهُ ، أو جِلْدَهُ ، أو أطْرَافَهُ ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ فى السَّفَرِ دُونَ الحَضَرِ ؛ لأنَّ المُسَافِرَ لا يُمْكِنُه الانْتِفَاعُ بالجِلْدِ والسَّوَاقِطِ . فجَوَّزَ له شِراءَ اللَّحْمِ دُونَها . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فلم يَجُزِ اسْتِثْنَاؤُه ، كالحَمْلِ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهى عن الثُّنْيَا ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ[1] . وهذه مَعْلُومَةٌ . ورُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لَمَّا هاجَرَ إلى المَدِينَةِ ، ومعه أبو بَكْرٍ ، وعامِرُ بنُ فُهَيْرَةَ مَرُّوا بِرَاعِى غَنَمٍ ، فذَهَبَ أبو بَكْرٍ وعامِرٌ فاشْتَرَيَا منه شاةً ، وشَرَطَا له سَلَبَهَا[2] . ورَوَى أبو بكرٍ فى « الشَّافِى »[3] بإسْنَادِه ، عن جابرٍ ، عن الشَّعْبِىِّ ، قال : قَضَى زَيْدُ بنُ ثابِتٍ وأصحابُ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : لايصِحُّ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو أبَى المُشْتَرِى ذَبْحَه ، لم يُجْبَرْ عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، ويَلْزَمُه قِيمَةُ ذلك على التَّقْريبِ . نصَّ عليه . وقيل : يُجْبَرُ . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايَةِ » . وقال فى « الفُروعِ » : ويَتَوَجَّهُ أنَّه متى لم يذْبَحْه يكونُ له الفَسْخُ ، وإلَّا فقِيمَتُه . ولعَلَّه مُرادُهم . انتهى . الثَّانيةُ ، للمُشْتَرِى الفَسْخُ بعَيْبٍ يخْتَصُّ هذا المَسْتَثْنَى . ذكَرَه فى « الفُنونِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ويتَوَجَّهُ ، لا فَسْخَ له . الثَّالثةُ ، لو باعَه الجِلْدَ ، والرَّأْسَ ، والأطْرافَ [٥٦/٢ظ] مُنْفَرِدَةً ، لم يصِحَّ ، وإنْ صحَّ اسْتِثْناؤُه . جزَم به

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١١٥ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : المراسيل ١٣٣ .

(٣) فى م : « الشفاء » .

الشرح الكبير

رَسُولِ اللهِ ﷺ فى بَقَرَةٍ باعَها رَجُلٌ ، واشْتَرَطَ رَأْسَها ، فقَضَى بِالشَّرْوَى . يَعْنِى أنْ يُعْطِىَ رَأْسًا مثلَ رَأْسٍ . ولأنَّ المُسْتَثْنَى والمُسْتَثْنَى منه مَعْلُومانِ ، فَصَحَّ ، كما لو باعَ حائِطًا واسْتَثْنَى منه نخلةً مُعَيَّنَةً ، وكونُه لا يجوزُ إفرادُه بالبَيْعِ ، لا يَمْنَعُ صِحَّةَ اسْتِثْنَائِه ، كما أنَّ الثمرةَ قبلَ التَّأْبِيرِ لا يَجُوزُ إفرادُها بالبَيْعِ بشَرْطِ[1] التَّبْقِيَةِ ، ويجوزُ اسْتِثْناؤُها والحملُ مَجْهُولٌ . وفيه مَنْعٌ . فإنِ امْتَنَعَ المُشْتَرِى مِن ذَبْحِها لم يُجْبَرْ ، ويَلْزَمُه قِيمَةُ ذلك على التَّقْرِيبِ . نَصَّ عليه ؛ لِما رُوِىَ عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قَضَى فى رَجُلٍ اشْتَرَى ناقَةً ، وشَرَطَ ثُنْيَاهَا ، فقال : اذْهَبُوا إلى السُّوقِ ، فإذا بَلَغَتْ أَقْصَى ثَمَنِها ،

الإنصاف

فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ؛ لعدَمِ اعْتِيادِه عُرْفًا ، ولأنَّ الاسْتِثْناءَ اسْتِبْقاءٌ ، وهو يُخالِفُ العَقْدَ المُبْتَدَأَ ؛ لجَوازِ اسْتِبْقاءِ المَتاعِ فى الدَّارِ المَبِيعَةِ إلى رَفْعِه المُعْتادِ ، وبَقاءِ مِلْكِ النِّكاحِ على المُعْتَدَّةِ مِن غيرِه ، والمُرْتَدَّةِ ، ولصِحَّةِ بَيْعِ الورَثَةِ أمَةً مُوصًى بحَمْلِها دُونَ حَمْلِها . قلتُ : الذى يظْهَرُ ، أنَّ مُرادَهم بعدَمِ الصِّحَّةِ ، إذا لم تكُنِ الشَّاةُ للمُشْتَرِى ، فإنْ كانتْ للمُشْتَرِى ، فيتَخَرَّجُ على الوَجْهَيْن فيما إذا باعَ الثَّمَرَةَ قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها لمَنِ الأصْلُ له ، إلَّا أنْ يعْثُرَ على فَرْقٍ بينَهما . الرَّابعةُ ، لوِ اسْتَثْنَى جُزْءًا مُشاعًا مَعْلُومًا مِن شاةٍ ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ على الأصحِّ . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وهو الصَّحيحُ عندِى . وعنه ، لا يصِحُّ . اخْتارَه القاضى ، وقاسَه على اسْتِثْناءِ الشَّحْمِ . أطْلَقَ وَجْهَيْن فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، ورَدَّ قِياسَ القاضى بأنَّ الشَّحْمَ مَجْهولٌ ،

---

(١) بعده فى م : « كشرط » .

الشرح الكبير

فأعْطُوه حِسَابَ ثُنْيَاهَا مِن ثَمَنِها .

فصل : فإنِ اسْتَثْنَى شَحْمَ الحَيَوانِ ، لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ . قال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُونَ عن أبي عبدِ اللهِ ، أنَّه لا يَجُوزُ . (1) وذلك (1) ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ ، نَهَى عن الثُّنْيَا إلَّا أنْ تُعْلَمَ . ولأنَّه مَجْهُولٌ لا يَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فلم يَصِحَّ اسْتِثْناؤُه ، كفَخِذِهَا ، وإنِ اسْتَثْنَى الحَمْلَ ، لم يَصِحَّ الاسْتِثْناءُ ؛ لِما ذَكَرْنا . وهو قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشَّافِعِيِّ . ونُقِلَ عن أحمدَ صِحَّتُه ، وبه قال الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . لِمَا رَوَى نافِعٌ ، أنَّ ابنَ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، باعَ جارِيَةً واسْتَثْنَى ما في بَطْنِها(2) . ولأنَّه يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه في الْعَتْقِ ، فَصَحَّ في البَيْعِ قِياسًا عليه . ولَنا ، ما تَقَدَّمَ . و(3) الصَّحِيحُ مِن حَدِيثِ ابنِ

الإنصاف

ولا جَهالَةَ هُنا . وحمَل ابنُ عَقِيلٍ كلامَ القاضى على أنَّه اسْتَثْنَى رُبْعَ لَحْمِ الشَّاةِ ، لا رُبْعَها مُشاعًا ، ثم اخْتارَ الصِّحَّةَ في ذلك أيضًا . الخامسةُ ، لو اسْتَثْنَى مُشاعًا مِن صُبْرَةٍ أو حائطٍ ، كثُلُثٍ أو رُبْعٍ ، أو أجْزاءٍ كثَلاثَةِ أثْمانِه ، صحَّ البَيْعُ والاسْتِثْناءُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ذكَرَه أصحابُنا . قال في « الفُروعِ » : صَحَّ على الأصحِّ . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبي مُوسى : لايَصِحُّ .

قوله : وإنِ اسْتَثْنَى حَمْلَه ، لم يصِحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال في « الفُروعِ » : لم يصِحَّ في ظاهرِ المذهبِ . وعنه ، يصِحُّ . نقَلَها ابنُ القاسِمِ ،

(1 - 1) في الأصل ، م : « ذلك » .

(2) أخرجَ نحوه ابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يعتق أمته ويستثنى ما في بطنها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف 6/154 . وبلفظ : « أعتق ابن عمر جارية » . أخرجه ابن حزم في : المحلى 6/382 .

(3) في م : « في » .

الشرح الكبير

عمرَ ، أنَّه أَعْتَقَ جارِيَةً ، واسْتَثْنَى ما [٢٣٩/٣و] فى بَطْنِها ؛ لأَنَّ الثِّقاتِ الحُفَّاظَ حَدَّثُوا بالحَدِيثِ ؛ فقالُوا : أَعْتَقَ جارِيَةً . والإِسْنادُ واحِدٌ . قاله أبو بَكْرٍ . ولا يَلْزَمُ مِن الصِّحَّةِ فى العَتْقِ الصِّحَّةُ فى البَيْعِ ؛ لأَنَّ العَتْقَ لا تَمْنَعُه الجَهالَةُ ولا العَجْزُ عن التَّسْلِيمِ ، ولا تُعْتَبَرُ فيه شُروطُ البَيْعِ .

فصل : وإنْ باعَ جارِيَةً حامِلًا بِحُرٍّ . فقال القاضِى : لا يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّهُ يَدْخُلُ فى البَيْعِ ، فكَأَنَّهُ مُسْتَثْنًى . والأَوْلَى صِحَّتُه ؛ لأَنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ ، وجَهالَةُ الحَمْلِ لا تَضُرُّ ؛ لأَنَّه ليس بمَبِيعٍ ، ولا مُسْتَثْنًى باللَّفْظِ ، وقد يُسْتَثْنَى بالشَّرْعِ ما لا يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه باللَّفْظِ ، كما لو باعَ أَمَةً مُزَوَّجَةً ، صَحَّ ، ووَقَعَتْ مَنْفَعَةُ البُضْعِ مُسْتَثْناةً بالشَّرْعِ .

الإنصاف

وسِنْدِىٌّ . وأَطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » :

حَمْلُ المَبِيعِ كالإِما يَسْتَثْنِى أَطْرافَ شَاةٍ هكذا فى « المُغْنِى »

فائدة : لو اسْتَثْنَى الحَمْلَ فى العِتْقِ ، صَحَّ ، قوْلًا واحدًا ، على ما يأْتِى فى بابِه . قالَه غيرُ واحدٍ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الرِّعايَةِ » : صحَّ على الأصحِّ .

فوائد ؛ إحْداها ، اسْتِثْناءُ رَطْلِ لَحْمٍ أو شَحْمٍ ، كاسْتِثْناءِ الحَمْلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال أبو الوَفاءِ : المذهبُ صِحَّةُ اسْتِثْناءِ رَطْلٍ مِن لَحْمٍ . الثَّانيةُ ، يصِحُّ بَيْعُ حيَوانٍ مذْبُوحٍ ، ويصِحُّ بَيْعُ لَحْمِه فيه ، ويصِحُّ بَيْعُ جِلْدِه وحدَه . وهو المذهبُ فى ذلك كلِّه . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ وغيرُه . وقال فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه : لا يصِحُّ بَيْعُ اللَّحْمِ فى الجِلْدِ ، ولا بَيْعُ الجِلْدِ مَعَ اللَّحْمِ

الشرح الكبير

ولو اسْتَثْناهَا بلَفْظِه ، لم يَجُزْ . ولو باعَ أرْضًا فيها زَرْعٌ للبائِعِ ، أو نَخْلَةً مُؤَبَّرَةً ، وَقَعَتْ مَنْفَعَتُها مُسْتَثْناةً مُدَّةَ بقاءِ الزَّرْعِ والثَّمَرَةِ ، ولو اسْتَثْناهَا بقَوْلِهِ ، لم يَجُزْ .

فصل : ولو باعَهُ سِمْسِمًا ، واسْتَثْنَى الكُسْبَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه قد باعَهُ الشَّيْرَجَ[1] فى الحَقِيقَةِ ، وهو غيرُ مَعْلُومٍ ، فإنَّه غيرُ مُعَيَّنٍ ، ولا مَوْصُوفٍ ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيا ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ . وكذلك إنْ باعَهُ قُطْنًا ، واسْتَثْنَى الحبَّ ، لم يَجُزْ ؛ للجَهالَةِ . وكذلك إن باعَهُ السِّمْسِمَ ، واسْتَثْنَى الشَّيْرَجَ ، لم يَجُزْ ؛ لذلك .

الإنصاف

قبلَ السَّلْخِ ، اكْتِفاءً برُؤْيَةِ الجِلْدِ ، ويصِحُّ بَيْعُ الرُّءوسِ ، والأَكارِعِ والسُّموطِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يجوزُ بَيْعُه مع جِلْدِه جميعًا ، كما قبلَ الذَّبْحِ . ومنَعَه بعضُ مُتأَخِّرِى الفُقَهاءِ ، ظانًّا أنَّه بَيْعُ غائبٍ بدونِ رُؤْيَةٍ ولا صِفَةٍ . قال : كذلك يجوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ وحدَه والجِلْدِ وحدَه . الثَّالثةُ ، لو باعَ جارِيَةً حامِلًا بحُرٍّ ، صحَّ البَيْعُ . على الصَّحيحِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الفائقِ » : [٢/٥٧و] صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقال القاضى : لا يصِحُّ . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، أنَّ فيه رِوايتَيْن ، وأطْلَقَهما ، وأطْلَقَ وَجْهَيْن فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والثَّلاثِين » . الرَّابعةُ ، قال المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وابنُ حَمْدانَ ، وغيرُهم : لو عَدَّ أَلْفَ جَوْزَةٍ ووضَعَها فى كَيْلٍ ، ثم فعَل مِثْلَ ذلك بلا عَدٍّ ، لم يصِحَّ . ونصَّ عليه .

---

(١) الشيرج : زيت السمسم .

المقنع وَيَصِحُّ بَيْعُ مَا مَأْكُولُهُ فِى جَوْفِهِ ، وَبَيْعُ الْبَاقِلَّاءِ ، وَالْجَوْزِ وَاللَّوْزِ فِى قِشْرَتِهِ ، وَالْحَبِّ الْمُشْتَدِّ فِى سُنْبُلِهِ .

الشرح الكبير **١٥٧٤** – مسألة : (ويَجُوزُ بَيْعُ ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه ، وبَيْعُ الباقِلَّا والجَوْزِ واللَّوْزِ فى قِشْرَتِهِ ، والحَبِّ المُشْتَدِّ فى سُنْبُلِهِ) يجوزُ بَيْعُ ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه ، كالرُّمّانِ والبَيْضِ والجَوْزِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى بَيْعِه ، كذلك ؛ لكَوْنِه يَفْسُدُ إذا أُخرِجَ مِن قِشْرِه .

فصل : ويَجُوزُ بَيْعُ الجَوْزِ واللَّوْزِ والفُسْتُقِ والباقِلَّا والرُّطَبِ فى قِشْرَتِهِ مَقْطُوعًا وفى شَجَرِه ، وبَيْعُ الطَّلْعِ قبلَ تَشَقُّقِه مَقْطُوعًا ، وفى شَجَرِه ، وبَيْعُ الحَبِّ المُشْتَدِّ فى سُنْبُله . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَجُوزُ حتى يُنْزَعَ قِشْرُه الأعْلَى ، إلَّا فى الطَّلْعِ والسُّنْبُلِ . فى أحَدِ القَوْلَيْنِ . واحْتَجَّ بأنَّه مَسْتُورٌ بما لا يُدَّخَرُ عليه ، ولا مَصْلَحَةَ فيه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كتُرابِ الصَّاغَةِ والمَعادِنِ ، وبَيْعِ الحَيَوانِ المَذْبُوحِ فى سَلْخِه . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُها[1] . وعن بَيْعِ السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضَّ ، ويَأْمَنَ[2] العاهَةَ[3] .

الإنصاف قوله : ويصِحُّ بَيْعُ الباقِلَّا ، والجَوْزِ ، واللَّوْزِ فى قِشْرتِه ، والحَبِّ المُشْتَدِّ فى

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ١٠١/٣ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٦/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند : ٧/٢ ، ٦٢ ، ١٢٣ .

(٢) فى م : « وتؤمن » .

(٣) أخرجه مسلم، فى: باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ...، من كتاب البيوع . صحيح مسلم =

المقنع

فَصْلٌ : السَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ [٩٣و] **مَعْلُومًا . فَإِنْ بَاعَهُ**

الشرح الكبير

فَمَفْهُومُه إِبَاحَةُ بَيْعِه إذا بَدَا صَلاحُهُ ، وابْيَضَّ سُنْبُلُه . ولأنَّه مَسْتُورٌ بحائِلٍ مِن أصْلِ خِلْقَتِه ، فجازَ بَيْعُه ، كالرُّمَّانِ والبَيْضِ والقِشْرِ الأَسْفَلِ . ولا يَصِحُّ قَوْلُهم : ليس مِن مَصْلَحَتِه . فإنَّه لا قِوَامَ له فى شَجَرِه إلَّا بِه ، والباقِلَّا يُؤْكَلُ رَطْبًا ، وقِشْرُه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه . ولأنَّ الباقِلَّا يُباعُ فى أَسْواقِ المُسْلِمِينَ مِن غيرِ نَكِيرٍ ، وهذا إجْماعٌ . وكذلك الجَوْزُ واللَّوْزُ فى شَجَرِهِما . والحَيَوانُ المَذْبُوحُ يَجُوزُ بَيْعُه فى سَلْخِه ، فإنَّه إذا جازَ بَيْعُه قبلَ ذَبْحِه ، وهو مُرَادٌ للذَّبْحِ ، فكذلك [٢٣٩/٣ظ] إذا ذُبِحَ . كما أنَّ الرُّمَّانَةَ إذا جازَ بَيْعُها قبلَ كَسْرِها ، فكذلك إذا كُسِرَتْ . وأمَّا تُرابُ الصَّاغَةِ والمَعادِنِ ، فلَنا فيهما مَنْعٌ ، وإنْ سُلِّمَ ، فليس ذلك مِن أصْلِ الخِلْقَةِ فى ترابِ الصَّاغَةِ ، ولا بَقاؤُه فيه مِن مَصْلَحَتِه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا .

(**فصل** : السابِعُ ، أنْ يكونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا . فإنْ باعَهُ السِّلْعَةَ برَقْمِها ،

الإنصاف

سُنْبُلِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً ، وقطَعُوا به ، إلَّا أنَّه قال فى « التَّلْخيصِ » : يصِحُّ على المَشْهُورِ عنه ، وسواءٌ كان فى إبْقائِه صَلاحٌ ظاهِرٌ ، أو لم يَكُنْ .

قوله : السَّابِعُ ، أنْ يكونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا . يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ حالَ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ صِحَّةَ

= ١١٦٥/٣ ، ١١٦٦ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ...، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٧/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣٤/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع السنبل حتى يبيض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٨/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢ .

المقنع

السِّلْعَةَ بِرَقْمِهَا ، أَوْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ذَهَبًا وَفِضَّةً ، أَوْ بِمَا يَنْقَطِعُ بِهِ السِّعْرُ ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ ، أَوْ بِدِينَارٍ مُطْلَقٍ ، وَفِى الْبَلَدِ نُقُودٌ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ كَانَ فِيهِ نَقْدٌ وَاحِدٌ ، انْصَرَفَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

أو بألْفِ دِرْهَمٍ ذَهَبًا وفِضَّةً ، أو بما يَنْقَطِعُ به السِّعْرُ ، أو بما باعَ به فُلَانٌ ، أو بدِينَارٍ مُطْلَقٍ ، وفِى البَلَدِ نُقُودٌ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وإن كان فيه نَقْدٌ واحِدٌ ، انْصَرَفَ إليه) يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ الثَّمَنُ فى البَيْعِ مَعْلُومًا عندَ المُتَعاقِدَيْنِ ؛ لأنَّهُ أحَدُ العِوَضَيْنِ ، فاشْتُرِطَ العِلْمُ به ، كالآخَرِ ، وقِيَاسًا على رَأْسِ مالِ السَّلَمِ . فإنْ باعَه السِّلْعَةَ برَقْمِها ، وهما لا يَعْلَمانِه ، أو أَحَدُهما ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ للجَهَالَةِ فيه . وكذلك إنْ باعَهُ بألْفِ دِرْهَمٍ ذَهَبًا وفِضَّةً[1] ؛ لأنَّه

الإنصاف

البَيْعِ ، وإنْ لم يُسَمَّ الثَّمَنُ ، وله ثَمَنُ المِثْلِ كالنِّكاحِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يصِحُّ البَيْعُ بوَزْنِ صِنْجَةٍ لا يعْلَمان وَزْنَها ، وبصُبْرَةٍ ثَمَنًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويصِحُّ فى الأصحِّ . وصحَّحَه فى « التَّرْغيبِ » فى الثَّانيةِ . وقيل : لايصِحُّ فيهما . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ هنا . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، فى الأُولَى . ومِثْلُ ذلك ، ما يسَعُ هذا الكَيْلُ ، لكِنَّ المَنْصُوصَ هنا الصِّحَّةُ . الثَّانيةُ ، لو باعَه سِلْعَةً معْلُومَةً بنَفَقَةِ عَبْدِه شَهْرًا ، صحَّ . ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » . واقْتَصَر عليه فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والسَّبْعِين » .

قوله : فإنْ باعَه السِّلْعَةَ برَقْمِها . لم يصِحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ .

---

(١) بعده فى ر ١ : « لم يصح البيع » .

الشرح الكبير

مَجْهُولٌ ، ولأنَّهُ بَيْعُ غَرَرٍ ، فَيَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ عن بَيْعِ الغَرَرِ . وإن باعَهُ بمائةٍ ذَهَبًا وفِضَّةً ، لم يَصِحَّ البَيْعُ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ ويكونُ نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّ الإِطْلَاقَ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، كالإِقْرَارِ . ولَنا ، أنَّ قَدْرَ كُلِّ واحِدٍ منهما مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بمائةٍ بَعْضُها ذَهَبٌ . وقَوْلُه : إنَّه يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . مَمْنُوعٌ ، فإنَّه لو فَسَّرَه بغيرِ ذلك صَحَّ . وكذلك لو أقَرَّ له بمائةٍ ذَهَبًا وفِضَّةً ، فالقولُ

الإنصاف

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : برَقْمِها . إذا كان مَجْهولًا عندَهما ، أو عندَ أحَدِهما ؛ بدَليلِ قَوْلِه : أنْ يكونَ الثَّمَنُ مَعْلُومًا . وهو واضِحٌ . أمَّا إذا كان الرَّقْمُ مَعلومًا ، فإنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ ، ويدْخُلُ فى قَوْلِه : مَعْلُومًا . وقد نصَّ عليه المُصَنِّفُ فى الفَصْلِ السَّادِسِ ، فى بابِ الخِيَارِ فى البَيْعِ .

قوله : أو بألْفٍ ذَهَبًا وفِضَّةً . لم يصِحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، وبَناه القاضى وغيرُه على إسْلامِ ثَمَنٍ واحدٍ فى جِنْسَيْن . ويأْتِى الخِلافُ فى ذلك فى بابِ السَّلَمِ . ووَجَّهَ فى « الفُروعِ » الصِّحَّةَ . ويَلْزَمُه النِّصْفُ ذَهَبًا ، والنِّصْفُ فِضَّةً ، بِناءً على اخْتِيارِ ابنِ عَقِيلٍ ، فيما إذا أَقَرَّ بِمائَةٍ ذهَبًا وفِضَّةً ، فإنَّه صحَّحَ إقْرارَه بذلك مُناصَفَةً .

قوله : أو بما يَنْقَطِعُ به السِّعْرُ . أىْ لا يصِحُّ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ .

قوله : أو بما باعَ به فُلانٌ . لم يصِحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وقالَ : هو أحَدُ القَوْلَيْن فى مذهبِ أحمدَ .

قوله : أو بدِينارٍ مُطْلَقٍ ، وفى البَلَدِ نُقُودٌ ، لم يصِحَّ . إذا باعَه بدِينارٍ مُطْلَقٍ ،

المقنع وَإِنْ قَالَ : بِعْتُكَ بِعَشَرَةٍ صِحَاحًا ، أَوْ إِحْدَى عَشْرَةَ مُكَسَّرَةً . أَوْ :

الشرح الكبير قَوْلُه فى قَدْرِ كُلِّ واحِدٍ منهما . وإنْ باعَهُ بما يَنْقَطِعُ السِّعْرُ به ، أو بما باعَ به فلانٌ عَبْدَه ، وهما لا يَعْلَمانِه ، أو أَحَدُهما ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وإنْ باعَهُ بدِينارٍ مُطْلَقٍ ، وفى البَلَدِ نُقُودٌ ، لم يَصِحَّ ؛ لجَهالَتِه، وإنْ كان فيه نَقْدٌ واحِدٌ انْصَرَفَ إليه ؛ لأنَّه تَعيَّنَ بانْفِرادِه وعَدَمِ مُشارَكَةِ غَيْرِه ، ولهذا لَو أقَرَّ بدِينارٍ أو أوْصَى به ، انْصَرَفَ إليه .

١٥٧٥ – مسألة : (وإنْ قال : بِعْتُكَ بعَشَرَةٍ صِحَاحٍ ، أو إحْدَى عَشْرَةَ

الإنصاف وفى البَلَدِ نُقُودٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا [٢/٥٧ظ] أنْ يكونَ فيها نَقْدٌ غالِبٌ ، أَوْ لا ؛ فإنْ كان فيها نَقْدٌ غالِبٌ ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ البَيْعَ لا يصِحُّ به إذا أُطْلِقَ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به الشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ وينصَرِفُ إليه . وهو المذهبُ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : وهو الأصحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وإنْ لم يَكُنْ فى البلَدِ نقْدٌ غالِبٌ ، فالصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ ، كما جزَم به المُصَنِّفُ هنا . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يصِحُّ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يكونُ له الوَسَطُ . على الصَّحيحِ . وعنه ، الأدْنَى . قال فى « الرِّعايَةِ » : وقيلَ : إذا اخْتَلَفَتِ النُّقُودُ ، فله أقَلُّها قِيمَةً .

قوله : وإنْ قالَ : بِعْتُكَ بعَشَرَةٍ صحاحًا ، أو أَحدَ عشَرَ مُكَسَّرَةً ، أو بعَشَرَةٍ نَقْدًا ، أوعِشْرِين نسِيئَةً ، لم يَصِحَّ . يعْنِى ، ما لم يتفَرَّقا على أحَدِهما . وهذا المذهبُ .

المقنع

بِعَشَرَةٍ نَقْدًا ، أَوْ عِشْرِينَ نَسِيئَةً . لَمْ يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

مُكَسَّرَةً . أو : بعَشَرَةٍ نَقْدًا ، أو عِشْرِينَ نَسِيئَةً . لم يَصِحَّ) لأنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ[1] . وهذا هو . كذلك فَسَّرَه مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحاقُ . وهذا قَوْلُ أكثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ لأنَّه لم يَجْزِمْ له ببَيْعٍ واحِدٍ ، أَشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ أَحَدَ هذَيْنِ . ولأنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ بالرَّقْمِ المَجْهُولِ . وقد رُوِىَ عن طاوُسٍ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، أنَّهم قالُوا : لا بَأْسَ أنْ يَقُولَ : أَبِيعُكَ بالنَّقْدِ بكَذَا ، وبالنَّسِيئَةِ بكذا . فيَذْهَبُ على[2] أحَدِهما . فيَحْتَمِلُ أنَّه جَرَى بينهما بعدُ ما يَجْرِى فى العَقْدِ ، فكأنَّ المُشْتَرِىَ قال : أنا آخُذُه بالنَّسِيئَةِ بكذا . فقال : خُذْهُ . أو : قد رَضِيتُ . ونحوَ ذلك ، فيَكُونُ عَقْدًا كافِيًا[3] ، كقَوْلِ الجُمْهُورِ .

الإنصاف

نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ ، وهو لأبِى الخَطَّابِ ، واختارَه فى « الفائقِ » . قال أبو الخَطَّابِ ، قِياسًا على قوْلِه فى الإِجارَةِ : إنْ خِطْتَه اليَوْمَ ، فلك دِرْهَمٌ ، وإنْ خِطْتَه غدًا ، فلك نِصْفُ دِرْهَمٍ . وفرَّقَ بعضُ الأصحابِ بينَهما ، بأنَّ ذلك جَعالَةٌ ، وهذا بَيْعٌ ، ويُغْتَفَرُ فى الجَعالَةِ مالا يُغْتَفَرُ فى البَيْعِ ، ولأنَّ العَمَلَ الذى يسْتَحِقُّ به الأُجْرَةَ لايمْلِكُ وُقوعَه إلَّا على إحْدَى الصِّفتَيْنِ ، فتَتعَيَّنُ الأُجْرَةُ المُسَمَّاةُ عِوَضًا ، فلا يُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، والبَيْعُ

---

(1) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٩ . والنسائى ، فى : باب بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٣٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٣ .

(2) فى الأصل ، م : « إلى » .

(3) بعده فى م : « فيقول » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهُ الصُّبْرَةَ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، وَالْقَطِيعَ كُلَّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ ، وَالثَّوْبَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

فعَلَى هذا ، إن لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على الإيجابِ ، أو ما يَقُومُ مَقامَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما مَضَى مِن القَوْلِ لا يَصْلُحُ أن يكونَ إيجابًا . وقد رُوِىَ عن أحمدَ[1] ، فى مَن قال : إن خِطْتَه اليومَ فَلَكَ دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَه غَدًا فلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . أنّه يَصِحُّ . فَيَحْتَمِلُ أن يَلْحَقَ[2] به هذا البَيْعُ ، فَيُخَرَّجَ وَجْهًا فى الصِّحَّةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُما [٣/٢٤٠و] مِن حيث إنَّ العَقْدَ ثَمَّ يُمْكِنُ أن يَصِحَّ ؛ لكَوْنِه جَعَالَةً ، بخِلافِ البَيْعِ . ولأنَّ العَمَلَ الذى يَسْتَحِقُّ به الأُجْرَةَ لا يُمْكِنُ وُقُوعُه إلَّا على إحْدَى الصِّفَتَيْنِ ، فَتَتَعَيَّنُ الأُجْرَةُ المُسَمَّاةُ عِوَضًا له[3] ، فلا يُفْضِى إلى التَّنَازُعِ ، وهذا بخِلافِه .

١٥٧٦ – مسألة : (وإن باعَهُ الصُّبْرَةَ كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، والثَّوْبَ كلَّ ذراعٍ بدرهمٍ ، والقَطِيعَ كلَّ شاةٍ بدرهمٍ ، صَحَّ) إذا باعَهُ الصُّبْرَةَ كُلَّ

الإنصاف

بخِلافِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وفى كليهما ، أى التَّعْليلَيْن ، نظَرٌ ؛ لأنَّ العِلْمَ بالعِوَضِ فى الجَعالَةِ شَرْطٌ ، كما هو فى الإجارَةِ والبَيْعِ ، والقَبُولُ أيضًا فى البَيْعِ لا يقَعُ إلَّا على إحْدَى الصِّفتَيْن ، فيتَعَيَّنُ ما يُسَمَّى لها . انتهى . ويأْتِى ، هل هذا بَيْعَتَيْن فى بَيْعةٍ أم لا ؟ فى أوَّلِ بابِ الشُّرُوطِ فى البَيْعِ .

قوله : وإنْ باعَه الصُّبْرَةَ كُلَّ قفيزٍ بدِرْهَمٍ ، والقَطِيعَ كُلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ ، والثَّوْبَ كُلَّ ذِراعٍ بدِرْهَمٍ ، صحَّ . وهو المَذهبُ ، وعليه الجمهورُ . قال فى

---

(١) بعده فى م : « أنه قال » .

(٢) فى م : « لا يلحق » .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

قفيزٍ بدرْهَمٍ ، صَحَّ ، وإنْ لم يَعْلَمَا قَدْرَ قُفْزانِها حالَ العَقْدِ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ فى قَفِيزٍ واحِدٍ ، ويَبْطُلُ فيما

الإنصاف

« الفُروعِ » : ويصِحُّ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يصِحُّ . وفى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » هنا سَهْوٌ ؛ لكَوْنِهما قالَا : وإنْ باعَه صُبْرَةً كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، صحَّ ، إنْ جَهِلا ذلك عندَ العَقْدِ ، وإنْ عَلِمَا فوَجْهان ، وإنْ جَهِلَه المُشْتَرِى ، وجَهِلَ عِلْمَ بائعِه به ، صحَّ وخُيِّرَ ، وقيل : يبْطُلُ . انتهيا . وهذا الحُكْمُ ، إنَّما هو فى بَيْعِ الصُّبْرَةِ جُزافًا . على ما يأْتِى ، فلعَلَّ فى النُّسَخِ غَلَطًا .

فوائد ؛ إحْداها ، يصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ جُزافًا إذا جَهِلَها البائعُ والمُشْتَرِى . نصَّ عليه . ولو عَلِمَ قدْرَها البائعُ وحدَه ، حَرُمَ بَيْعُها . [٢/٥٨و] على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، وابنُ أبى مُوسى ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا منْصُوصُ أحمدَ ، وعليه الأصحابُ . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وعنه ، مَكْرُوهٌ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وصاحِبُ « الفائقِ » فيه . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . فعلى القَوْلِ بالكَراهَةِ ، يقَعُ العَقْدُ لازِمًا . نصَّ عليه . وعلى القَوْلِ بالتَّحْريمِ ، لا يَبْطُلُ العَقْدُ ، وله الرَّدُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ . وقال القاضى وأصحابُه : هذا بمَنْزِلَةِ التَّدْليسِ والغِشِّ ، له الرَّدُّ ما لم يعْلَمْ أنَّ البائعَ يعْلَمُ قدْرَه . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ »

الشرح الكبير

سِواهُ ؛ لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَجْهُولَةٌ ، فلم يَصِحَّ ، كَبَيْعِ المتاعِ برَقْمِه . ولَنا ، أنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، والثَّمَنَ مَعْلُومٌ ؛ لإشارَتِه إلى ما يُعْرَفُ

الإنصاف

و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : إنْ جَهِلَه المُشْتَرِى وحدَه ، وجَهِلَ عِلْمَ بائعِه به ، صحَّ ، وخُيِّرَ فيه . وقيلَ : لا يصِحُّ ، وإنْ عَلِمَ عِلْمَ البائعِ به ، صحَّ ولَزِمَ . انتهى . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسى : يَبْطُلُ البَيْعُ . وقدَّمه فى « التَّرْغيبِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : قطَع به طائفةٌ مِنَ الأصحابِ . الفائدةُ الثَّانيةُ ، عِلْمُ المُشْتَرِى وحدَه مِثْلُ عِلْمِ البائعِ وحدَه . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال : كما لم يُفرِّقُوا فى الغَبْنِ بينَ البائعِ والمُشْتَرِى . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وقدَّم ابنُ عَقِيلٍ فى « مُفْرَداتِه » ، لا لأنَّ المُغَلَّبَ فى العِلْمِ البائعُ ؛ بدَليلِ العَيْبِ لو عَلِمَه المُشْتَرِى وحدَه جازَ ، ومع عِلْمِهما يصِحُّ . وفى « الرِّعايَةِ » وَجْهان . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ « التَّرْغيبِ » وغيرِه . وذكَرَهما جماعةٌ فى المَكِيلِ . الفائدةُ الثَّالثةُ ، لو عَلِمَ قَدْرَ الصُّبْرَةِ البائعُ والمُشْتَرِى ، فقيلَ : حُكْمُهما حُكْمُ عِلْمِ البائعِ وحدَه . على ما تقدَّم . وقدَّمه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : فعُمومُ كلامِ الخِرَقِىِّ يقْتَضِى المَنْعَ مِن ذلك . وجزَم أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » بالبُطْلانِ . وقال القاضى : البَيْعُ صَحيحٌ لازِمٌ . (1)وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قطَع به « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه(1) . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وإنْ عَلِماه إذَنْ فوَجْهان .

فائدة : يصِحُّ بَيْعُ دُهْنٍ فى ظَرْفٍ معه ، مُوازَنَةً ؛ كلَّ رَطْلٍ بكذا ، إذا عَلِمَا

(1 - 1) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

مَبْلَغُه بجِهَةٍ لا تَتَعَلَّقُ بالمُتَعَاقِدَيْن ، وهو كَيْلُ الصُّبْرَةِ ، فجازَ ، كما لو باعَ ما رَأْسُ مالِه اثْنانِ وسَبْعُونَ مُرابَحَةً[1] ، لكُلِّ ثَلاثَةٍ عُشْرُ دِرْهَمٍ ، فإنّه لا يُعْلَمُ فى الحالِ ، وإنَّما يُعْلَمُ بالحِسَابِ ، كذا هٰهُنا . ولأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشَاهَدَةِ ، والثَّمنَ مَعْلُومٌ قَدْرَ ما يقابِلُ كُلَّ جُزْءٍ مِن المَبِيعِ ، فصَحَّ ، كالأَصْلِ المَذْكُورِ . وكذلك حُكْمُ الثَّوْبِ والأَرْضِ ، والقَطِيعِ مِن الغَنَمِ ، إذا كان مُشَاهَدًا ، فباعَه إيَّاهُ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، أو كُلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ ، صَحَّ ، وإنْ لم يَعْلَما قَدْرَ ذلك حالَ العَقْدِ ؛ لِما ذَكَرْنا فى الصُّبْرَةِ .

الإنصاف

قَدْرَ كلِّ واحدٍ منهما ، وإنْ جَهِلا زِنَةَ كلِّ واحدٍ منهما أو أحَدِهما ، فوَجْهان . وأطلَقهما فى « الفُروعِ » . وصحَّح المَجْدُ الصِّحَّةَ إنْ عَلِمَا زِنَةَ الظَّرْفِ فقط . وجزَم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » بعَدَمِ الصِّحَّةِ فيهما . واخْتارَه القاضى فى « المجَرَّدِ » ، واقتصَرَ عليه فى « الحَاوِى الكَبِيرِ » . وصحَّح المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ الصِّحَّةَ مُطْلَقًا . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وإنِ احْتُسِبَ بزِنَةِ الظَّرْفِ على المُشْتَرِى . وليس مَبِيعًا ، وعَلِما مبْلَغَ كلٍّ منهما ، صحَّ ، وإلَّا فلا ؛ لجَهالَةِ الثَّمَنِ ، وإنْ باعَه جُزافًا بظَرْفِه أو دُونَه ، صحَّ ، وإنْ باعَه إيَّاه فى ظَرْفِه ، كلَّ رَطْلٍ بكذا ، على أن يَطْرَحَ منه وَزْنَ الظَّرْفِ ، صحَّ . قال المَجْدُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وذكَر قوْلَ حَرْبٍ لأحمدَ : الرَّجُلُ يَبيعُ الشىءَ فى ظَرْفِه ، مِثْلَ قُطْنٍ فى جَوالِيقَ ، فيَزِنُه ويُلْقِى للظَّرْفِ كذا وكذا ؟ [٢/٥٨ظ] قال : أرْجُو أنْ لا بأْسَ ، ولابُدَّ للنَّاسِ مِن ذلك . ثم قال المَجْدُ : وحكَيْنا عنِ القاضى خِلافَ ذلك . قال فى « الفُروعِ » : ولم أجِدْه

(١) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ بَاعَهُ مِنَ الصُّبْرَةِ ، كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير **١٥٧٧** – مسألة : (وإنْ باعَه مِن الصُّبْرَةِ ، كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، لم يَصِحَّ) لأَنَّ « مِن » للتَّبْعِيضِ ، و « كُلَّ » للعَدَدِ ، فَيَكُونُ ذلك العَدَدُ منها مَجْهُولًا . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ البَيْعُ ، بناءً على قَوْلِه فى الإِجَارَةِ إذا أجَرَه كُلَّ شَهْرٍ بدِرْهَمٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو الأَشْبَهُ . كالمَسْأَلَةِ التى قَبْلَها ؛ لأَنَّ « مِن » وإنْ أُعْطِيَتِ البَعْضَ ، فما هو بَعْضٌ مَجْهُولٌ ، بل قد جَعَلَ لكُلِّ جُزْءٍ مَعْلُومٍ منها ثَمَنًا مَعْلُومًا ، فهو كما لو قال : قَفِيزًا منها . وكمسألةِ الإِجارَةِ .

فصل : وإن قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ بعَشَرَةِ دَراهِمَ ، على أنْ أزِيدَكَ قَفِيزًا ، أو أنْقُصَكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى أَيَزِيدُه أم يُنْقِصُه . وإنْ قال : على أنْ أزيدَكَ قَفِيزًا . لم يَجُزْ ؛ لأَنَّ القَفِيزَ مَجْهُولٌ . وإنْ قال : على أنْ أزِيدَك قَفِيزًا مِن هذه الصُّبْرَةِ الأُخْرَى . أو وَصَفَهُ بصِفَةٍ يُعْلَمُ بها ، صَحَّ ؛ لأَنَّ مَعْناهُ : بِعْتُك هذه الصُّبْرَةَ ، وقَفِيزًا مِن هذه الأُخْرَى بعَشَرَةِ دَراهِمَ . وإنْ قال : على أن أنْقُصَك قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ إلَّا قَفِيزًا ، كُلَّ قَفِيزٍ بدرهمٍ وشيءٍ مَجْهُولٍ . ولو قال : بِعْتُكَ هذه

الإنصاف ذكَر إلَّا قَوْلَ القاضى الذى ذكَرَه الشَّيْخُ ، إذا باعَه معه . انتهى . وإنِ اشْتَرَى سَمْنًا أو زَيْتًا فى ظَرْفٍ ، فوَجَد فيه رُبًّا ، صحَّ فى الباقِى بقِسْطِه ، وله الخِيارُ ، ولم يَلْزَمْه بدَلُ الرُّبِّ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم .

قوله : وإنْ باعَه مِنَ الصُّبْرَةِ ، كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ – وكذا مِنَ الثَّوْبِ ، كلَّ ذِراعٍ

الشرح الكبير

الصُّبْرَةَ ، كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ على أنْ أزيدَكَ قَفِيزًا من هذه الصُّبْرَةِ الأُخْرَى . لم يَصِحَّ ؛ لإِفْضَائِه إلى جَهالَةِ الثَّمَنِ فى التَّفْصيلِ ، لأَنَّه يَصِيرُ قفيزًا وشَيْئًا بدِرْهَمٍ ، وهما لا يَعْرِفانِه ؛ لعَدَمِ مَعْرِفَتِهما بكَمِّيَّةِ ما فى الصُّبْرَةِ مِن القُفْزَانِ . ولو قَصَدَ أنِّى [٢٤٠/٣ظ] أحُطُّ ثَمَنَ قَفِيزٍ مِن الصُّبْرَةِ ، ولا أحْتَسِبُ به ، لم يَصِحَّ ؛ للجَهالَةِ التى ذَكَرْناها . وإن عَلِمَا قَدْرَ قُفْزَانِ الصُّبْرَةِ ، أو قال : هذه عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ بِعْتُكَهَا ، كُلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، على أنْ أزيدَكَ قَفِيزًا مِن هذه الصُّبْرَةِ . أو وَصَفَه بصِفَةٍ يُعْلَمُ بها ، صَحَّ ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ بِعْتُكَ كُلَّ قَفِيزٍ وعُشْرَه[1] بدِرْهَمٍ . وإنْ لم يُعْلَمِ القَفِيزُ[2] ، أو[3] جَعَلَه هِبَةً ، لم يَصِحَّ . وإنْ أرادَ أنِّى لا أحْتَسِبُ عليك بثَمَنِ قَفِيزٍ منها ، صَحَّ أيْضًا ؛ لأَنَّهما لَمَّا عَلِمَا جُمْلَةَ الصُّبْرَةِ ، عَلِمَا ما يَنْقُصُ مِن الثَّمَنِ . ولو قال : على أنْ أنقُصَكَ قَفِيزًا . صَحَّ ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ تِسْعَةَ أَقْفِزَةٍ بعَشَرَةِ دَرَاهِمَ . وحُكِيَ عن أبى بَكْرٍ ، أنَّه يَصِحُّ فى جَمِيعِ المَسَائِلِ ، على قِياسِ قولِ أحمدَ ؛ لأَنَّه يُجيزُ الشَّرْطَ الواحِدَ[4] . ولا يَصِحُّ ما قالَه ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَجْهُولٌ ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه ، بخِلافِ الشَّرْطِ الذى لا يُفْضِى إلى الجَهالَةِ . وما لا تَتَساوَى أجْزاؤُه ؛ كالأَرْضِ ، والثَّوْبِ ، والقَطِيعِ مِن الغَنَمِ ، فيه

الإنصاف

بدِرْهَمٍ - لم يصِحَّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ،

---

(١) فى م : « عشرة » .

(٢) فى الأصل ، م : « القفزات » .

(٣) فى م : « و » .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

نحوٌ مِن مَسائِلِ الصُّبْرَةِ . وإنْ قال : بِعْتُك هذه الأرْضَ -أو : هذه الدَّارَ . أو : هذا الثَّوْبَ . أو : هذا القَطِيعَ - بألْفِ دِرْهَمٍ . صَحَّ إذا شَاهَدَاه . وإنْ قال : بِعْتُكَ نِصْفَه -أو : ثُلُثَه . أو : رُبْعَه - بكَذا . صَحَّ . وإنْ قال : بِعْتُكَ مِن الثَّوْبِ كُلَّ ذِرَاعٍ بدِرْهَمٍ . أو : مِن القَطِيعِ ، كُلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ .

فصل : ويَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ جُزافًا مع جَهْلِ المُتَبايِعَيْنِ بِقَدْرِها . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقد نَصَّ عليه أحمدُ . ودَلَّ عليه حَدِيثُ ابنِ عمرَ ، وهو قَوْلُه : كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعامَ مِن الرُّكْبانِ جُزَافًا ، فَنَهَانَا رسُولُ اللهِ ﷺ أنْ نَبِيعَه حتى نَنْقُلَه مِن مكانِه . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّه مَعْلُومٌ بالرُّؤْيَةِ ، فَصَحَّ بَيْعُه ، كالثِّيابِ ، والحَيَوانِ . ولا يضُرُّ عَدَمُ مُشاهَدَةِ باطِنِ الصُّبْرَةِ ، فإنَّ ذلك يَشُقُّ ؛ لكَوْنِ الحَبِّ بَعْضُه على بَعْضٍ ، ولا يُمْكِنُ بَسْطُها حَبَّةً حَبَّةً ، ولأنَّ الحبَّ تَتَساوَى أجْزاؤُه فى الظَّاهِرِ ، فاكْتُفِىَ برُؤْيَةِ ظاهِرِه ، بخِلافِ الثَّوْبِ ، فإنَّ نَشْرَه لا يَشُقُّ ، وتَخْتَلِفُ أجْزاؤُه ، ولا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ قَدْرِها مع المُشاهَدَةِ ؛ لأنَّه عَلِمَ ما اشْتَرَى بأبْلَغِ الطُّرُقِ ، وهو الرُّؤْيَةُ .

الإنصاف

وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الكيل على البائع والمعطى ، وباب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٨٨/٣ - ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦١/٣ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢٥٢/٢ . والنسائى ، فى : باب بيع ما يشترى من الطعام جزافا قبل أن ينقله من مكانه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٥٢/٧ ، ٢٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٠/٢ . والإمام مالك ، فى : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٤١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٤٢/٢ .

الشرح الكبير

وكذلك لو قال : بِعْتُكَ نِصْفَ هذه الصُّبْرَةِ . أو : جُزْءًا منها مَعْلُومًا . لأَنَّ ما جازَ بَيْعُ جُمْلَتِه ، جازَ بَيْعُ بَعْضِه ، كالحَيَوانِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : ولا يَصِحُّ هذا ، إلَّا أنْ تكُونَ الصُّبْرَةُ مُتَساوِيَةَ الأَجْزاءِ ، فإن كانت مُخْتَلِفَةً ، مثلَ صُبْرَةِ بَقَّالِ القَرْيةِ ، لم يَصِحَّ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ؛ لأَنَّه يَشْتَرِى منها جُزْءًا مُشاعًا ، فيَسْتَحِقُّ مِن جَيِّدِها ورَدِيئِها بقِسْطِه . ولا فَرْقَ بينَ الأَثْمانِ والمُثْمَناتِ فى صِحَّةِ بَيْعِها جُزَافًا . وقال مالِكٌ : لا يَجُوزُ فى الأَثْمانِ ؛ لأَنَّ لها خَطَرًا ، ولا [٢٤١/٣و] يَشُقُّ وَزْنُها ولا عَدَدُها ، فأَشْبَهَ الرَّقِيقَ والثِّيابَ . ولَنا ، أَنَّه مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، فأَشْبَهَ المُثْمَناتِ والنُّقْرَةَ[1] والحَلْىَ . ويَبْطُلُ بذلك ما قالَه . وأمّا الرَّقِيقُ ، فإنَّه يَجُوزُ بَيْعُهم إذا شاهَدَهُم ولم يَعُدَّهُم ، وكذلك الثِّيابُ إذا نَشَرَها[2] ورَأَى جَمِيعَ أَجْزائِها .

فصل : فإنْ كان البائِعُ يَعْلَمُ قَدْرَ الصُّبْرَةِ ، لم يَجُزْ بَيْعُها جُزَافًا . نَصَّ عليه أحْمَدُ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ . وكَرِهَهُ عطاءٌ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومُجاهِدٌ ، وعِكْرِمَةُ . وبه قال مالِكٌ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ ذلك عن طاوُسٍ . قال مالِكٌ : لم يَزَلْ أَهْلُ العِلْمِ يَنْهَوْنَ عن ذلك . وعن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ ، فقد رَوَى بكرُ بنُ محمدٍ ، عن أَبِيهِ ، عنه ، أنَّه سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَبِيعُ الطَّعَامَ جُزَافًا ، وقد عَرَفَ كَيْلَه . فقلتُ

الإنصاف

وقيل : يصِحُّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو الأَشْبَهُ ، كبَيْعِ الصُّبْرَةِ كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ؛

---

(١) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة .

(٢) فى م : « شراها » .

الشرح الكبير

له : إنّ مالِكًا يقولُ : إذا باعَ الطّعَامَ ولم يَعْلَمِ المُشْتَرِى ، فإنِ اخْتارَ أنْ يَرُدَّه رَدَّهُ . قال : هذا تَغْلِيظٌ شَدِيدٌ ، ولكنْ لا يُعْجِبُنِى إذا عَرَفَ كَيْلَه ، إلَّا أنْ يُخْبِرَه ، فإنْ باعَه ، فهو جائِزٌ عليه ، وقد أساءَ . ولم يَرَ أبو حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىُّ بذلك بأْسًا ؛ لأنَّه إذا جازَ البَيْعُ مع جَهْلِهما بمقْدارِه فمع العِلْمِ مِن أحَدِهما أوْلَى . ووَجْهُ الأَوَّلِ ما رَوَى الأَوْزاعِىُّ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « مَن عَرَفَ مَبْلَغَ شَىءٍ فلا يَبِعْه[1] جُزافًا حتى يُبَيِّنَهُ »[2] . قال القاضى : وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الطعامِ مُجازَفَةً ، وهو يَعْلَمُ كَيْلَه[2] . وأيضًا الإجْماعُ الذى نَقَلَه مالِكٌ . ولأنَّ البائِعَ لا يَعْدِلُ إلى البَيْعِ جُزَافًا مع عِلْمِه بقَدْرِ الكَيْلِ ، إلَّا للتَّغْرِيرِ ظَاهِرًا ، وقد قال عليه السّلامُ : « مَنْ غَشَّنَا فلَيْسَ مِنَّا »[3] . فصارَ كتَدْلِيسِ العَيْبِ[4] . فإنْ باعَ ما عَلِمَ كَيْلَه صُبْرَةً ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ ، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ لازِمٌ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ

الإنصاف

لأنَّ « مِن » وإنْ أعْطَتِ البَعْضَ ، فما هو بعضٌ مَجْهولٌ ، بل قد جعلَ لكُلِّ جُزْءٍ مَعْلومٍ

---

(١) فى الأصل ، م : « يبيعه » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب المجازفة ، من كتاب البيوع . المصنف ١٣١/٨ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب قول النبى ﷺ : « من غشنا فليس منا » ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٩/١ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى عن الغش ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الغش فى البيوع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٥/٦ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الغش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤٩/٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الغش ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٠/٢ ، ٢٤٢ ، ٤١٧ ، ٤٦٦/٣ ، ٤٥/٤ .

(٤) فى الأصل ، م : « البيع » .

الشرح الكبير

لهما ، ولا تغْرِيرَ مِن أحَدِهما ، أشْبَهَ ما لو عَلِمَا كَيْلَه أو جَهِلاهُ . ولم يَثْبُتْ ما رُوِىَ مِن النَّهْىِ فيه ، وإنَّما كَرِهَه أحمدُ كراهَةَ تنزيهٍ ؛ لاخْتِلافِ العُلَماءِ فيه . ولأنَّ تَسْوِيَتَهما فى العِلْمِ والجَهْلِ أبعدُ مِن التَّغْرِيرِ . وقال القاضِى وأصحابُه : هذا بمنزلَةِ التَّدْلِيسِ والغِشِّ ، إن عَلِمَ به المُشْتَرِى فلا خيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بصيرةٍ ، فهو كمَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، يَعلَمُ تَصْرِيَتَها . وإن لم يَعْلَمْ أنَّ البائِعَ كان عالِمًا بذلك ، فله الخِيارُ فى الفَسْخِ والإمْضاءِ . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّه غِشٌّ وغَرَرٌ مِن البائِعِ ، فصَحَّ العَقْدُ معه ، ويَثْبُتُ للمُشْتَرِى الخِيارُ . وذَهَبَ بعضُ أصحابِه إلى أنَّ البَيْعَ فاسِدٌ ، والنَّهْىَ يَقْتَضِى الفَسادَ .

فصل : فإنْ أخْبَرَهُ البائِعُ بكَيْلِه ، ثم باعَهُ بذلك الكَيْلِ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ . فإنْ قَبَضَه باكْتِيالِه ، تَمَّ البَيْعُ والقَبْضُ ، وإنْ قَبَضَه بغيرِ كَيْلٍ ، كان بمنْزِلَةِ قَبْضِه جُزافًا ؛ إن كان المَبِيعُ[1] باقِيًا كَالَه [٢٤١/٣ظ] عليه ، فإنْ كان قدْرَ حَقِّه الذى أخْبَرَه ، فقد اسْتَوْفاهُ ، وإنْ كان زائِدًا رَدَّ الفَضْلَ ، وإنْ كان ناقِصًا أخَذَ النَّقْصَ ، وإنْ كان قد تَلِفَ فالقَوْلُ قَوْلُ القابِضِ [2]فى قَدْرِه[2] مع يَمِينِه ، سواءٌ قَلَّ القَبْضُ أو كَثُرَ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ القَبْضِ وبقاءُ الحَقِّ . وليس للمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ فى الجميعِ قبلَ كَيْلِه ؛ لأنَّ للبائِعِ فيه عُلْقَةً ، فإنَّه لو زاد ، كانتِ الزِّيادَةُ له ، ولا يَتَصَرَّفُ فى أقَلِّ مِن حَقِّه ،

الإنصاف

منها ثَمَنًا مَعْلُومًا ، فهو كما لو قال : قَفِيزًا منها . انتهى . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ،

---

(١) فى م : « البيع » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

بغيرِ كَيْلٍ ؛ لأنَّ ذَلك يَمْنَعُه مِن مَعْرِفَةِ كَيْلِه . وإنْ تَصَرَّفَ فيما يَتَحَقَّقُ أنَّه مُسْتَحَقٌّ له، مثلَ أنْ يكونَ حَقُّه قَفِيزًا، فيَتَصَرَّفَ فى ذلك أو فى أقلَّ منه بالكَيْلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى حَقِّه بعدَ قَبْضِه ، فجازَ ، كما لو كِيلَ له . والثانى ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له التَّصَرُّفُ فى الجَمِيعِ ، فلم يَجُزْ له التَّصرُّفُ فى البَعْضِ ، كما قبلَ القَبْضِ . وإن قَبَضَه بالوَزْنِ ، فهو كما لو قَبَضَه جُزَافًا . فأمّا إنْ أعْلَمَهُ بكَيْلِه ، ثم باعَهُ إيّاهُ مُجازَفَةً ، على أنَّه له بذلك الثَّمَنِ ، سواءٌ زادَ أو نَقَصَ ، لم يَجُزْ ؛ لِما رَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه ، عن الحَكَمِ ، قال : قَدِمَ طَعامٌ لعثمانَ على عَهْدِ رسُولِ اللهِ ﷺ ، فقال : « اذْهَبُوا بِنَا إلى عثمانَ نُعِينُه على طعامِه » . فَقامَ إلى جَنْبِه ، فقال عثمانُ : فى هذه الغِرَارَةِ[1] كذا وكذا ، وأَبِيعُها بكذا وكذا . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ »[2] . قال أحمدُ : إذا أخْبَرَه البائِعُ أنَّ فى كُلِّ قارُورَةٍ مَنًّا[3] ، فأَخَذَ بذلك ، ولا يَكْتَالُه ، فلا يُعْجِبُنى ؛ لقولِه لعثمانَ : « إذَا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ » . قيلَ له : إنَّهُم يَقُولُونَ : إذا فُتِحَ فَسَدَ . قال : فَلِمَ لا يَفْتَحُونَ واحِدَةً ويَزِنُونَ[4] الباقِىَ ؟ .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، وقالَا ، بِناءً على قَوْلِه فى الإجارَةِ : إذا أَجَرَه كلَّ شَهْرٍ بدِرْهَمٍ .

---

(١) الغرارة : وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه ، جمعها غرائر .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب بيع المجازفة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٠ .

(٣) فى م : « منها كذا رطلًا » .

(٤) فى الأصل : « ويزون » . وفى م : « ويتركون » .

الشرح الكبير

فصل: ولو كالَ طَعامًا، وآخرُ يُشاهِدُه، فلِمَنْ شاهَدَ الكَيْلَ شِراؤُه بغيرِ كَيلٍ ثانٍ؛ لأنَّه شاهَدَ كَيْلَه، أشْبَهَ ما لو كِيلَ له. وعنه، يَحْتَاجُ إلى كَيْلٍ؛ للخَبَرِ، وكالبَيْعِ الأوَّلِ. ولو كالَهُ البائعُ للمُشْتَرِى، ثم اشْتَراهُ منه، فكذلك؛ لِما ذَكَرْنا. ولو اشْتَرَى اثْنانِ طَعامًا، فاكْتَالاهُ، ثم اشْتَرَى أحَدُهما حِصَّةَ شَرِيكِه قبلَ تفرُّقِهِما، فهو جائزٌ. وإن لم يَحْضُر المُشْتَرِى الكَيْلَ، لم يَجُزْ إلَّا بكَيْلٍ. وقال ابنُ أبى مُوسَى: فيه رِوايَةٌ أُخْرَى، لابُدَّ مِن كَيْلِه. وإن باعَه للثانِى[1] فى هذه المواضِعِ على أنَّه صُبْرَةٌ، جازَ، ولم يَحْتَجْ إلى كَيلٍ ثانٍ. وقَبْضُهُ[2] بنَقْلِه، كالصُّبْرَةِ.

فصل: قال أحمدُ فى رجُلٍ يَشْتَرِى الجَوْزَ، فيَعُدُّ فى مِكْتَلٍ[3] ألفَ جَوْزَةٍ، ثم يأخُذُ الجَوْزَ كُلَّه على ذلك العِيارِ: لا يَجُوزُ. وقال فى رجُلٍ ابْتاعَ أعْكامًا[4] كَيْلًا، وقال للبائعِ: كِلْ لِى عِكْمًا منها، وآخُذُ ما بَقِيَ على هذا الكَيْلِ: أكْرَهُ هذا حتى يَكِيلَها كُلَّها. قال الثَّوْرِىُّ: كان أصْحابُنا يَكْرَهُونَ هذا. وذلك؛ لأنَّ ما فى العُكُومِ يَخْتَلِفُ، فلا يُعْلَمُ ما فى بَعْضِها بكَيْلِ البَعْضِ، والجَوْزُ يَخْتَلِفُ، فيكونُ فى أحَدِ المِكْيَلَيْنِ أكْثَرُ مِن الآخَرِ، فلا يَصِحُّ تَقْدِيرُهُ بالكَيْلِ، كما لا يَصِحُّ تَقْدِيرُ المَكِيلِ بالوَزْنِ، ولا المَوْزُونِ بالكَيْلِ.

الإنصاف

واخْتارَه فى «الفائقِ». قال فى «عُيونِ المَسائلِ»: إذا باعَه مِنَ الصُّبْرَةِ كلَّ قَفِيزٍ

(١) فى م: «الثانى».
(٢) سقط من: م.
(٣) فى م: «مكيل».
(٤) الأعكام جمع عكم، والعكم: العدل – بكسر العين وسكون الدال – ما دام فيه المتاع.

الشرح الكبير

فصل : وإذا باعَ الأدْهانَ فى ظُرُوفِها جُمْلَةً ، وقد شاهَدَها ، جازَ ؛ [٢٤٢/٣و] لأنَّ أجْزَاءَها(١) لا تَخْتَلِفُ ، فهِىَ(٢) كالصُّبْرَةِ . وكذلك الحُكْمُ فى العَسَلِ ، والدِّبْسِ ، والخَلِّ ، وسائِرِ المائِعَاتِ التى لا تَخْتَلِفُ . فإن باعَهُ كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ ، أو باعَهُ رَطْلًا منه ، أو أرْطالًا مَعْلُومَةً ، يَعْلَمُ أنَّ فيها أكْثَرَ منها ، أو باعَهُ أجْزاءً مُشَاعَةً ، أو جُزْءًا ، أو باعَهُ إيَّاهُ مع الظَّرْفِ بعَشَرَةِ دَراهِمَ ، أو بثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، جازَ . وإن باعَهُ السَّمْنَ والظَّرْفَ ، كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ ، وهما يَعْلَمَانِ مَبْلَغَ كُلِّ واحِدٍ منهما ، صَحَّ ؛ لأنَّه قد عُلِمَ المَبيعُ والثَّمَنُ . وإن لم يَعْلَمَا ذلك ، جازَ أيضًا ؛ لأنَّه قد رَضِىَ أنْ يَشْتَرِىَ الظَّرْفَ كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ ، وما فيه كذلك ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى ظَرْفَيْنِ ، فى أحَدِهما سَمْنٌ وفى آخرَ زَيْتٌ ، كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ . وقال القاضِى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ وَزْنَ الظَّرْفِ يَزِيدُ ويَنقُصُ ، فيَدْخُلُ على غَرَرٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ بَيْعَ كُلِّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا يَصِحُّ ؛ لذلك(٣) ، فكذلك إذا جَمَعَهُما ، كالأرْضِ المُخْتَلِفَةِ الأجْزاءِ ، والثِّيابِ وغَيْرِها . فأمّا إنْ باعَهُ كُلَّ رَطْلٍ بدِرْهَمٍ ، على أنْ يَزِنَ الظَّرْفَ ، فيَحْتَسِبَ عليه بوَزْنِه ، ولا يكونُ مَبيعًا ، وهما يَعْلَمانِ زِنَةَ كُلِّ واحِدٍ منهما ، صَحَّ ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ أنَّ الدُّهْنَ عَشَرَةٌ ، والظَّرْفَ رَطْلان ، كان مَعْنَاهُ : بِعْتُكَ عَشَرَةَ أرْطَالٍ باثْنَىْ

الإنصاف

بدِرْهَمٍ ، صحَّ ؛ لتَساوِى أجْزائِها ، بخِلافِ بَيْعِه مِنَ الدَّارِ كلَّ ذِراعٍ بدِرْهَمٍ ؛

---

(١) فى الأصل : « أجزاءه » .

(٢) فى الأصل : « فهو » .

(٣) فى م : « كذلك » .

الشرح الكبير

عَشَرَ دِرْهَمًا . وإنْ كانَا لا يَعْلَمَانِ زِنَةَ الظَّرْفِ والدُّهْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى جَهالَةِ الثَّمَنِ فى الحالِ . وسواءٌ جَهِلَا زِنَتَهُما جَمِيعًا ، أو زِنَةَ أَحَدِهما ؛ لذلك[1] .

فصل : وإنْ وَجَدَ فى ظَرْفِ الدُّهْنِ رُبًّا[2] ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : قال أحمدُ ، وإسحاقُ : إنْ كان سَمَّانًا عندَه سَمْنٌ ، أَعْطَاهُ بوَزْنِه سَمْنًا ، وإن لم يَكُنْ عِنْدَه سَمْنٌ ، أعْطَاهُ بقَدْرِ الرُّبِّ مِن الثَّمَنِ . وأَلْزَمَهُ شُرَيْحٌ بقَدْرِ الرُّبِّ سَمْنًا بكُلِّ حالٍ . وقال الثَّوْرِىُّ : إنْ شاءَ أَخَذَ الذى وَجَدَ ، ولا يُكَلَّفُ أنْ يُعْطِيَه بقَدْرِ الرُّبِّ سَمْنًا . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ المَبِيعَ المَكِيلَ[3] ناقِصًا ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى صُبْرَةً فوَجَدَ تحتَها رَبْوَةً ، أو اشْتَرَاها على أنَّها عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ ، فبانَتْ تِسْعَةً ، فإنَّه يأْخُذُ المَوْجُودَ بقِسْطِه من الثَّمَنِ ، كذلك هذا . فعلى هذا ، إنَّما يَأْخُذُ المَوْجُودَ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، ولا يَلْزَمُ البائِعَ أنْ يُعْطِيَه سَمْنًا ، سواءٌ كان مَوْجُودًا عندَه ، أو لم يكُنْ ، فإن تَرَاضَيَا على إعْطائِه سَمْنًا ، جازَ .

الإنصاف

لاخْتِلافِ أجْزائِها . ثم قال بعدَ ذلك : إذا باعَه مِن هذه الصُّبْرَةِ كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّه لم يَبِعْه كلَّها ولا قَدْرًا مَعْلُومًا منها ، بخِلافِ قوْلِه : أَجَرْتُك هذه الدَّارَ ، كلَّ شَهْرٍ بدِرْهَمٍ . فإنَّه يصِحُّ هُنا فى الشَّهْرِ الأَوَّلِ فقط ؛ للعِلْمِ به وبقِسْطِه مِنَ الأُجْرَةِ .

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) الرب : رب السمن ، سفله ، وهو ما استقر تحته من كدره .

(٣) فى م : « بكيل » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِى . وَيَجِىءُ عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِىِّ أَنَّهُ يَصِحُّ .

الشرح الكبير

١٥٧٨ – مسألة : (وإنْ باعَه بمائَةِ دِرْهَمٍ إلَّا دِينارًا ، لم يَصِحَّ . ذَكَرَه القاضِى . [١]ويجىءُ على قَوْلِ الخِرَقِىِّ أنه يَصِحُّ) إذا باعَه بمائةِ درهمٍ إلَّا دينارًا لم يَصِحَّ[١] ؛ لأنَّه قَصَدَ اسْتِثْناءَ قِيمَةِ الدِّينارِ ، وذلك غيرُ مَعْلُومٍ ، واسْتِثْناءُ المَجْهُولِ مِن المَعْلُومِ يُصَيِّرُه مَجْهُولًا ، ولأنَّه اسْتِثْناءٌ مِن غيرِ الجِنْسِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بمائَةٍ إلَّا قَفِيزًا مِن حِنْطَةٍ . ويجىءُ على قولِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَصِحُّ فى مَن اسْتَثْنَى فى الإِقْرارِ عَيْنًا مِن وَرِقٍ ، أو وَرِقًا من عَيْنٍ ، فإنَّه يَصِحُّ . فعلى هذا يُحْذَفُ مِن الجُمْلَةِ بقيمَةِ الدِّينارِ . ولو

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَه بمائَةِ دِرْهَمٍ إلَّا دِينارًا ، لم يصحَّ . ذكَرَه القاضى . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُجَرَّدِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . ويَجِىءُ على قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، إنَّه يصِحُّ . يعْنِى ، إذا أقَرَّ واسْتَثْنَى عَيْنًا مِن وَرِقٍ ، أو وَرِقًا مِن عَيْنٍ ، على ماذكَرَه المُصَنِّفُ عنه فى كتابِ الإقْرارِ ، أنَّه يصِحُّ . فيَجِىءُ هنا كذلك . قال ابنُ مُنَجَّى : ولقائلٍ أنْ يقُولَ : الصِّحَّةُ فى الإقْرارِ اخْتلَفَ الأصحابُ فى تَعْليلِها ، فعَلَّلَها بعضُهم باتِّحادِ النَّقْدَيْن ، وكوْنِهما قِيَمَ الأشْياءِ وأُرُوشَ الجناياتِ ، وعلَّلَها بعضُهم بأنَّ قِيمَةَ الذَّهَبِ يعْلَمُها كثيرٌ مِنَ النَّاسِ ، فإذا اسْتَثْنَى أحَدُهما مِنَ الآخرِ ، لم يُؤَدِّ إلى الجَهالَةِ غالِبًا . قال : وعلى كِلا التَّعْلِيلَيْن لا يَجِىءُ صحَّةُ البَيْعِ ، على قَوْلِ الخِرَقِىِّ فى الإقْرارِ ؛ لأنَّ المُفْسِدَ للبَيْعِ الجَهْلُ فى حالِ العَقْدِ ، ألَا تَرَى أنه

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ فِى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ : وَهُوَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ . وَلَهُ ثَلَاثُ صُوَرٍ ؛ أَحَدُهَا ، بَاعَ مَعْلُومًا وَمَجْهُولًا ، فَلَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

قال : بمائةٍ إلَّا قَفِيزًا [٣/٢٤٢ظ] مِن حِنْطَةٍ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه اسْتِثْناءٌ مِن غيرِ الجِنْسِ . فأمّا الذَّهَبُ والفِضَّةُ فهما كالجِنْسِ الواحِدِ .

(**فصلٌ فى تفريقِ الصَّفْقَةِ** : وهو أنْ يجمَعَ بينَ ما يَجُوزُ بَيْعُه و) بَيْنَ (ما لا يَجُوزُ) صَفْقَةً واحِدَةً ، بثَمَنٍ واحِدٍ (وله ثلاثُ صورٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يَبِيعَ مَعْلُومًا ومَجْهُولًا) كقَوْلِك : بِعْتُك هذه الفَرَسَ ، وما فى بَطْنِ هذه الفَرَسِ الأُخْرَى ، بكذا . فهذا بَيْعٌ باطِلٌ بكُلِّ حالٍ ، ولا أعْلَمُ فى بُطْلانِه خِلافًا؛ لأنَّ المَجْهُولَ لا يَصِحُّ بَيْعُه بجهالَتِه، والمَعْلومَ مَجْهُولُ الثَّمنِ

الإنصاف

إذا باعَه برَقْمِه لم يصِحَّ ؛ للجَهْلِ به حالَ العَقْدِ ، وإنْ عُلِمَ بعدَه . وعلى كِلا التَّعْلِيلَيْن لا يخْرُجُ الثَّمَنُ عن كَوْنِه مَجْهُولًا حالَةَ العَقْدِ ، وفارَقَ هذا الإقْرارَ ؛ لأن الإقْرارَ بالمَجْهُولِ يصِحُّ . قال : وهذا قَوْلٌ مُتَّجِهٌ ، لا دَافِعَ له . انتهى . قلتُ : فيما قالَه نَظَرٌ ، فإنَّ قَوْلَه : على كلا التَّعْلِيلَيْن لايخْرُجُ الثَّمَنُ عن كَوْنِه مَجْهُولًا حالَةَ العَقْدِ . غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ فإنَّ كثيرًا مِن النَّاسِ ، [٢/٥٩و] بل كلَّهم إلَّا القَليلَ ، يعْلَمُ قِيمَةَ الدِّينارِ مِنَ الدَّراهِمِ ، فلا تحْصُلُ الجَهالَةُ حالَةَ العَقْدِ لغالِبِ النَّاسِ على التَّعْليلِ الثَّانى .

قوله فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ : أَحَدُها[1] ، باعَ مَجْهُولًا ومعْلُومًا ، فلا يصِحُّ . بلا نزاعٍ ، وقد أطْلَقَ كثيرٌ مِنَ الأصحابِ الجَهْلَ . قال فى « الفُروعِ » : يجْهَلُ قِيمَتَه مُطْلَقًا . قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » : مَجهولًا لا مَطْمَعَ فى مَعْرِفَةِ قِيمَتِه .

---

(١) فى ا : « أحدهما » .

المقنع

الثَّانِيَةُ ، بَاعَ مُشَاعًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ؛ كَعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا ، أَوْ ما يَنْقَسِمُ عَلَيْهِ الثَّمَنُ بِالْأَجْزَاءِ ، كَقَفِيزَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ لَهُمَا ، فَيَصِحُّ فِي نَصِيبِهِ بِقِسْطِهِ . فِى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ [٩٣ظ] ، وَلِلْمُشْتَرِى الْخِيَارُ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا .

الشرح الكبير

ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ؛ لأَنَّ مَعْرِفَتَه إنَّما تَكُونُ بتَقْسِيطِ الثَّمَنِ عليهما ، والمَجْهُولُ لا يُمكنُ تَقْوِيمُه، فيَتَعَذَّرُ التَّقْسِيطُ. (الثانِيَةُ، باعَ مُشاعًا بينه وبينَ غيرِه) بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه (كعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بينَهما، أو مَا يَنْقَسِمُ عليه الثَّمَنُ بالأَجْزَاءِ ، كقَفِيزَيْنِ مُتَساوِيَيْنِ لهما ، فيَصِحُّ فى مِلْكِه بقِسْطِه) مِن الثَّمَنِ ، ويَفْسُدُ فى نَصِيبِ الآخرِ . والثانى ، لا يَصِحُّ فيهما . وأَصْلُ

الإنصاف

وقال فى « الرِّعايتَيْن » : وإنْ جمَع بينَ مَعْلُومٍ ومَجْهُولٍ ،وقيل : يتَعذَّرُ عِلْمُ قِيمَتِه . انتهى . فأمَّا إنْ قال : كُلُّ واحدٍ بكذا . ففيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،و « الحاوِيَيْن » ،و « الفائِق » . قال فى « التَّلْخيصِ » : أصْلُ الوَجْهَيْن إنْ قُلْنا : العِلَّةُ اتِّحادُ الصَّفْقَةِ . لم يصِحَّ البَيْعُ ،وإنْ قُلْنا : العِلَّةُ جهالَةُ الثَّمَنِ فى الحالِ . صحَّ البَيْعُ . وعلى التَّعْليلِ الأوَّلِ ، يدْخُلُ الرَّهْنُ ، والهِبَةُ ، والنِّكاحُ ، ونظائِرُها . وذكَر التَّعْليلَيْن فى « الفُروعِ » . وجزَم ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » بالصِّحَّةِ فى المَعْلُومِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدة : لو باعَه بِمائَةٍ ورَطْلِ خَمْرٍ ، فسَد البَيْعُ . وخرَّج فى « الانْتِصارِ » ، صِحَّتَه على رِوايَةٍ .

قوله : الثَّانيةُ ، باعَ مُشاعًا بينَه وبينَ غيرِه ، كعَبْدٍ مُشْتَرَكٍ بينَهما ، أو ما ينْقَسِمُ عليه الثَّمَنُ بالأجْزاءِ ، كقَفِيزَيْن مُتساوِيَيْن لهما ، فيصِحُّ فى نَصِيبه بقِسْطِه . فى

الشرح الكبير

الوَجْهَيْنِ ، أَنَّ أحمدَ نصَّ فى مَن تزَوَّجَ حُرَّةً وأمَةً ، على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، يفسُدُ فيهما . والثانية ، يَصِحُّ فى الحُرَّةِ . والوَجْهُ الأَوَّلُ قولُ مالِكٍ ، وأبى حَنيفَةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وقال فى الآخرِ : لا يَصِحُّ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأَنَّ الصَّفْقَةَ جَمعَتْ حَلالًا وحَرامًا ، فغَلَبَ التَّحْرِيمُ ، ولأَنَّ الصَّفْقَةَ إذا لم يُمْكِنْ تَصْحِيحُها فى جَمِيعِ المَعْقُودِ عليه ، بَطَلَتْ فى الكُلِّ ، كالجَمْعِ بين الأُخْتَيْنِ ، وبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ . وَوَجْهُ الأَوَّلِ أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما له حُكْمٌ لو كان مُنْفرِدًا ، فإذا جَمَعَ بينَهما ثَبَتَ لِكُلِّ واحِدٍ حُكْمُه ، كما لو باعَ شِقْصًا وسَيْفًا . ولأَنَّ ما يَجُوزُ بَيْعُه قد صَدَرَ فيه البَيْعُ من أَهْلِه فى مَحَلِّه بشَرْطِه ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَ ، ولأَنَّ البَيْعَ سَبَبٌ اقْتَضَى الحُكْمَ فى مَحَلَّيْنِ ، فامْتَنَعَ حُكْمُه فى أحَدِ المَحَلَّيْنِ ؛ لنبْوَتِه[1] عن قَبولِه ، فيَصِحُّ فى الآخرِ ، كما لو وَصَّى بشىءٍ لآدَمِىٍّ وبَهِيمَةٍ . وأمّا الدِّرْهَمانِ والأُخْتَانِ ، فليس واحِدٌ منهما أوْلَى بالفَسَادِ مِن الآخرِ ، فلذلك فسدَ فيهما ، وهذا بخِلَافِه .

الإنصاف

الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وللمُشْتَرِى الخِيارُ إذا لم يكن عالِمًا . هو المذهبُ كما قال ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وصحَّحَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المَحرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ فى ظاهرِ المذهبِ . اخْتارَه الأكْثَرُ . وعنه ، لا يصِحُّ . وهما وَجْهان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ

---

(١) فى ق : « لثبوته » .

المقنع

الثَّالِثَةُ ، بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ عَبْدًا وَحُرًّا ، أَوْ خَلًّا وَخَمْرًا ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ أُولَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ . وَالْأُخْرَى ، يَصِحُّ فِى عَبْدِهِ وَفِى الْخَلِّ بِقِسْطِهِ .

الشرح الكبير

فصل : ومتى حَكَمْنا بالصِّحَّةِ هٰهُنا ، وكان المُشْتَرِى عالِمًا بالحالِ ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ . وإنْ لم يَعْلَمْ ، مِثْلَ أنِ اشْتَرَى عَبْدًا يَظُنُّه كُلَّه للبائِعِ ، فبانَ أنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا نِصْفَه ، فله الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والإِمْسَاكِ ؛ لأَنَّ الصَّفْقَةَ تبَعَّضَتْ عليه . وأمّا البائِعُ فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بزَوالِ مِلْكِه عَمّا يَجُوزُ بَيْعُه[1] بقِسْطِه . ولو وَقَعَ العَقْدُ على شَيْئَيْنِ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ فيهما ، فتَلِفَ أحَدُهما قبلَ قَبْضِه ، فقال القاضِى : للمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ إمساكِ الباقِى بحِصَّتِه وبينَ الفَسْخِ ؛ لأنَّ حُكْمَ ما قبلَ القَبْضِ - فى كَوْنِ المَبِيعِ مِن ضمانِ البائِعِ - حُكْمُ ما قبلَ العَقْدِ ، بدَليلِ أنَّه لو تَعَيَّبَ قبلَ قَبْضِه ، لمَلَكَ المُشْتَرِى الفَسْخَ به .

(الثالِثَةُ ، باعَ عَبْدَه وعَبْدَ غَيْرِه بغيرِ إذْنِه ، أو عَبْدًا وحُرًّا ، أو خَلًّا وخَمْرًا ، ففيه رِوايَتانِ) [٢٤٣/٣و] اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى هذه

الإنصاف

الصُّغْرى » ، وغيرِهم . فعلى المذهبِ ، له الأَرْشُ إذا لم يَكُنْ عالِمًا ، وأمْسَكَ بالقِسْطِ فيما يَنْقُصُ بالتَّفْريقِ . ذكَرَه فى « المُغْنِى » فى الضَّمانِ .

قوله : الثَّالثةُ ، باعَ عَبْدَه وعَبْدَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أو عَبْدًا وحُرًّا ، أو خَلًّا وخَمْرًا ، ففيه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المَسْأَلَةِ ، فنقلَ صالِحٌ عن أحمدَ ، فى مَن اشْتَرَى عَبْدَيْن ، فوَجَدَ أَحَدَهما حُرًّا ، رَجَعَ بقِيمَتِه مِن الثَّمَنِ . ونقلَ عنه مُهَنَّا ، فى مَن تزَوَّجَ امْرَأَةً على عَبْدَيْن ، فوَجَدَ أحدَهما حُرًّا ، فلها قِيمَةُ العَبْدَيْنِ . فأَبْطَلَ الصَّدَاقَ فيهما جَمِيعًا . وللشّافِعِيِّ قَوْلانِ ، كالرِّوَايَتَيْنِ . وأَبْطَلَ مالِكٌ العَقْدَ فيهما ، إلَّا أن يَبِيعَ مِلْكَهُ ومِلْكَ غَيْرِه ، فيَصِحَّ فى مِلْكِه ، ويَقِفَ فى مِلْكِ غيرِه على الإِجازَةِ . ونحْوُه قولُ أبى حَنِيفَةَ ؛ فإنَّه قال : إنْ كان أحَدُهما لا يَصِحُّ بَيْعُه بنَصٍّ أو إجْماعٍ ، كالحُرِّ والخَمْرِ ، لم يَصِحَّ العَقْدُ فيهما ، وإنْ لم يَثْبُتْ بذلك ، كمِلْكِه ومِلْكِ غيرِه ، صَحَّ فيما يمْلِكُه ؛ لأَنَّ ما اخْتُلِفَ فيه يمكنُ أنْ يَلْحَقَه حُكْمُ الإِجازَةِ بحُكْمِ حاكِمٍ بصِحَّةِ بَيْعِه . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لِما تَقدَّمَ فى القِسْمِ الثانى ، ولأَنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ ؛ لأَنَّه إنَّما

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » وغيرِهم ؛ أُولاهما ، لا يصِحُّ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . والأُخْرى ، يصِحُّ فى عَبْدِه ، وفى الخَلِّ بقِسْطِه . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ. وصحَّحَه فى «التَّلْخيصِ» وغيرِه. وجزَم به فى «المُنَوِّرِ» وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » . وقال : هذا ظاهِرُ المذهبِ . واخْتارَه [٥٩/٢ظ] الأكْثَرُ . واخْتارَ فى « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وغيرِهما ، أنَّه إنْ عَلِمَ بالخَمْرِ ونحوِه ، لم يصِحَّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : لم يصِحَّ رِوايَةً واحدَةً . وقال الأَزَجِىُّ : إنْ كان ما لا يجوزُ العَقْدُ عليه غيرَ قابلٍ للمُعاوضَةِ بالكُلِّيَّةِ كالطَّريقِ ، بطَلَ البَيْعُ ،

الشرح الكبير

يَتَبَيَّنُ بالتَّقْسِيطِ للثَّمَنِ على القِيمَةِ ، وذلك مَجْهُولٌ فى الحالِ ، فلم يَصِحَّ البَيْعُ به ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذه السِّلْعَةَ برَقْمِها . أو : بحِصَّتِه[1] مِن رَأْسِ المالِ . ولأنَّه لو صَرَّحَ به ، فقال : بِعْتُك هذا بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ . لم يَصِحَّ . فكذلك إذا لم يُصَرِّحْ . وهذا هو الصَّحِيحُ إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . ووَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُولَى ، أنَّه متى سَمَّى ثَمَنًا فى مَبِيعٍ ، فَسَقَطَ[2] بَعْضُه ، لا يُوجِبُ ذلك[3] جهالَةً تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كما لو وَجَدَ بعضَ المَبِيعِ مَعِيبًا فأَخَذَ أَرْشَه . وإذا قلنا بالصِّحَّةِ ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ ، إذا لم يكُنْ

الإنصاف

وعلى قِياسِه[4] الخَمْرُ ، وإنْ كان قابِلًا للصِّحَّةِ ، ففيه الخِلافُ . قال فى أَوَاخِرِ « القَواعِدِ »[5]: ولا يَثْبُتُ ذلك فى المذهبِ . فعلى المذهبِ يأْخُذُ العَبْدَ والخَلَّ بقِسْطِه . على الصَّحيحِ . قال فى « الفُروعِ » : هذا الأَشْهَرُ . وقيلَ : يأْخُذُه بالثَّمَنِ كلِّه . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصُولِ » ، فى بابِ الضَّمانِ : يصِحُّ العَقْدُ بكُلِّ الثمَنِ ، أو يُردُّ . قال فى آخرِ « القَواعِدِ »[5]: وهذا فى غايَةِ الفَسادِ ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يخُصَّ هذا بمَن كان عالِمًا بالحالِ ، وأنَّ بعضَ المَعْقُودِ عليه لا يصِحُّ العَقْدُ عليه ، فيكونَ قد دخَل على بذَلِ الثَّمَنِ فى مُقابلَةِ ما يصِحُّ العَقْدُ عليه خاصَّةً ، كما نقولُ فى مَن أَوْصَى لحَىٍّ ومَيِّتٍ يعْلَمُ مَوْتَه : إنَّ الوَصِيَّةَ كلَّها للحَىِّ . فعلى الأوَّلِ ، يأْخُذُ عَبْدَ البائعِ بقِسْطِه على قَدْرِ قِيمَةِ العَبْدَيْن . وذكَر القاضى ،

---

(١) فى م : « بحصتها » .
(٢) فى م : « فتقسط » .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى الأصل ، ط : « قياس » .
(٥) فى ا ، ط : « الفوائد » .

الشرح الكبير

عالِمًا ، كالقِسْمِ الثانِى ؛ لِتبَعُّضِ الصَّفْقَةِ عليه . والحُكْمُ فى الرَّهْنِ والهِبَةِ وسائِرِ العُقُودِ إذا جَمَعَتْ ما يَجُوزُ وما لا يَجُوزُ ، كالحُكْمِ فى البَيْعِ ، إلَّا أنَّ الظّاهِرَ فيها الصِّحَّةُ ؛ لأنَّها ليست عُقُودَ مُعاوَضَةٍ ، فلا تُؤَثِّرُ جَهالَةُ العِوَضِ فيها .

فصل : وإنْ وَقَعَ العَقْدُ على مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ ، فتَلِفَ بَعْضُه قبلَ قَبْضِه ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ فى الباقِى . رِوايَةً واحِدَةً . سواءٌ كانَا مِن جِنْسٍ واحِدٍ أو جِنْسَيْنِ ، ويَأْخُذُ المُشْتَرِى الباقِىَ بحِصَّتِه من الثَّمَنِ ؛ لأنَّ العَقْدَ وقَعَ صَحِيحًا ، فذَهابُ بَعْضِه لا يَفْسَخُه ، كما بعدَ القَبْضِ ، وكما لو وَجَدَ أحَدَ المَبِيعَيْنِ مَعِيبًا فرَدَّهُ ، أو أقالَ أحَدُ المُتَبايِعَيْنِ الآخَرَ فى بعضِ المَبِيعِ .

الإنصاف

وابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا فى بابِ الشَّرِكَةِ والكِتابَةِ مِنَ « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصُولِ » ، أنَّ الثَّمَنَ يُقَسَّطُ على عددِ المَبِيعِ ، لا القِيَمِ . ذكَراه فيما إذا باعَ عَبْدَيْن ؛ أحدُهما له والآخَرَ لغيرِه ، كما لو تزوَّجَ امْرأتَيْن . قال فى آخِرِ « القَواعِدِ »[1] : وهو بعيدٌ جدًّا ، ولا أظُنُّه يطَّرِدُ إلَّا فيما إذا كان جِنْسًا واحِدًا ، ويأْخُذُ الخَلَّ ؛ بأنْ يُقَدِّرَ الخَمْرَ خَلًّا على قوْلٍ ، كالحُرِّ يُقَدَّرُ عَبْدًا . جزَم به فى « البُلْغَةِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : بل يَعْتَبِرُ قِيمَةَ الخَمْرِ عندَ أهْلِها . قال ابنُ حَمْدانَ : قلتُ : إنْ قُلْنا : نَضْمَنُ لهم . انتهى . قلتُ : وهذا ضَعِيفٌ . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، متى صحَّ البَيْعُ ، كان للمُشْتَرِى الخِيارُ ، ولا خِيارَ للبائعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يثْبُتُ له الخِيارُ أيضًا . ذكَره

---

(١) فى ا ، ط : « الفوائد » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ ، فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٥٧٩ – مسألة : (وإنْ باعَ عَبْدَه وعَبْدَ غَيْرِه بإذْنِه بثَمَنٍ واحِدٍ ، فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْنِ) أحَدُهما ، يَصِحُّ فيهما ، ويَتَقَسَّطُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما . وهو قولُ مالِكٍ ، وَأبى حَنِيفَةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛

الإنصاف

عنه فى « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : والحُكْمُ فى الرَّهْنِ والهِبَةِ وسائرِ العُقودِ ، إذا جَمَعَتْ ما يجوزُ ومالا يجوزُ ، كالحُكْمِ فى البَيْعِ ، إلَّا أنَّ الظَّاهِرَ فيها الصِّحَّةُ ؛ لأنَّها ليستْ عقُودَ مُعاوَضَةٍ ، فلا تُوجَدُ جَهالةُ العِوَضِ فيها . وقد تقدَّم كلامُه فى « التَّلْخيصِ » .

قوله : وإن باعَ عَبْدَه وعَبْدَ غيرِه بإذْنِه بثَمَنٍ واحدٍ ، فهل يصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه . [٦٠/٢و] وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . والثَّانى ، لايصِحُّ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، وهو عجيبٌ منه ؛ إذِ المَنْصُوصُ الأوَّلُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : هذا أقْيَسُ .

فوائد ؛ منها ، مِثْلُ هذه المَسْألَةِ ، خِلافًا ومذهبًا ، لو باعَ عَبْدَيْه لاثْنَيْن بثَمَنٍ واحدٍ ، لكُلِّ واحدٍ منهما عَبْدٌ . وكذا لو اشْتَراهُما منهما . لكِنْ قدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى المَسْألَةِ الأخِيرَةِ عَدَمَ الصِّحَّةِ ؛ لتعدُّدِ العَقْدِ حُكْمًا . ثم قال : وقيل : يصِحُّ إنْ صحَّ تَفْريقُ الصَّفْقَةِ . وهو قِياسُ نصِّ أحمدَ . انتهى . فعلى المذهبِ فى

الشرح الكبير

لأنَّ جُمْلَةَ الثَّمَنِ مَعْلُومَةٌ ، فَصَحَّ ، كما لو كانَا لرَجُلٍ واحِدٍ ، وكما لو بَاعَا عَبْدًا واحِدًا لهما . والثانِي ، لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مَبِيعٌ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، وهو مَجْهُولٌ ، على ما قَدَّمْنَا . وفارَقَ ما إذا كانَا لرَجُلٍ واحِدٍ ، فإنَّ جُمْلَةَ المَبِيعِ مُقابَلَةٌ بجُمْلَةِ الثَّمَنِ مِن غيرِ تَقْسِيطٍ ، والعَبْدُ المُشْتَرَكُ يَنْقَسِمُ عليه الثَّمَنُ بالأَجْزَاءِ ، فلا جَهالَةَ فيه . فأمّا إنْ باعَ قَفِيزَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ له ولغَيْرِه بثَمَنٍ واحِدٍ بإذْنِه ، صَحَّ ؛ لأَنَّ الثمنَ يَتَقسَّطُ عليهما بالأَجْزاءِ ، فلا يُفْضِى إلى جَهالَةِ الثَّمَنِ . وكذلك إنْ باعَهُ عَبْدًا لهما

الإنصاف

المَسائلِ الثَّلاثِ ، يُقَسَّطُ الثَّمَنُ على قَدْرِ القِيمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر فى « المُنْتَخَبِ » وَجْهًا فى المَسْأَلةِ الأخيرَةِ ؛ يُقَسَّطُ الثَّمَنُ على قَدْرِ القِيمَةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر فى « المُنْتَخَبِ » وَجْهًا فى المسْأَلةِ الأخيرَةِ ، يُقَسَّطُ الثَّمَنُ على عدَدِهما . قال فى « الفُروعِ » : فيتَوجَّهُ مِثْلُه فى غيرِها . ومنها ، لو كان لاثْنَين عَبْدان مُفْرَدان ؛ لكُلِّ واحدٍ منهما عَبْدٌ ، فباعَاهما لرَجُلَيْن صَفْقَةً واحدةً ؛ لكُلِّ واحدٍ عَبْدًا مُعَيَّنًا بثَمَنٍ واحدٍ ، ففى صحَّةِ البَيْعِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وقيل : لايصِحُّ . فعلى المذهبِ ، يُقَسَّمان الثَّمَنَ على قَدْرِ قِيمَتَى العَبْدَيْن ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا ، يقْتَسِمانِه على عدَدِ رُءوسِ المَبيعِ . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةَ عشَرَ بعدَ المِائةِ » . ومنها ، الإجارةُ مِثْلُ ذلك ، خِلافًا ومذهَبًا . ومنها ، لو اشْتَبَه عَبْدُه بعَبْدِ غيرِه ، أقْرَعَ بينَهما ، ولم يصِحَّ بَيْعُ أحَدِهما قبلَ القُرْعَةِ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وهو احْتِمالٌ للقاضى فى « خِلافِه » . وقيل : يصِحُّ إنْ أَذِنَ شَرِيكُه . وقيلَ : بل يبِيعُه وَكِيلُهما أو أحَدُهما بإذْنِ الآخَرِ ، أوْ له ، ويُقْسَمُ الثَّمَنُ بينَهما بقِيمَةِ العَبْدَيْن . قال القاضى فى « خِلافِه » : هذا أجْوَدُ ما يُقالُ فيه ، كما قُلْنا فى زيْتٍ اخْتلَطَ

المقنع

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ ، أَوْ بَيْعٍ وَصَرْفٍ ، صَحَّ فِيهِمَا ، وَيُقَسَّطُ الْعِوَضُ عَلَيْهِمَا ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

بثَمَنٍ واحِدٍ [٣/٢٤٣ظ] صَحَّ ؛ لما ذَكَرْنَا .

١٥٨٠ - مسألة : (وإنْ جَمَعَ بينَ بَيْعٍ وإجارَةٍ ، أو بَيْعٍ وصَرْفٍ ، صَحَّ فيهما ، ويُقَسَّطُ العِوَضُ عليهما ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ) إذا جَمَعَ بينَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَى الحَدِّ ؛ كالبَيْعِ والإجَارَةِ ، والبَيْعِ والصَّرْفِ ، بعِوَضٍ واحِدٍ ، صَحَّ فيهما ؛ لأَنَّ اخْتِلافَ حُكْمِ العَقْدَيْنِ لا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كما لو جَمَعَ بينَ ما فيه شُفْعَةٌ وما لا شُفْعَةَ فيه . وكذلك إنْ باعَ سَيْفًا مُحَلًّى

الإنصاف

بزَيْتٍ لآخَرَ ، وأحدُهما أجْوَدُ مِنَ الآخَرِ .

قوله : وإنْ جمَع بينَ بَيْعٍ وإجارَةٍ ، أو بَيْعٍ وصَرْفٍ - يعْنِى ، بثَمَنٍ واحدٍ - صحَّ فيهما ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه . قال النَّاظِمُ : وهو الأقْوَى . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يجوزُ الجَمْعُ بينَ البَيْعِ والإجارَةِ فى عَقْدٍ واحدٍ ، فى أظْهَرِ قوْلِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . والثَّانى ، لايصِحُّ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . قال فى « الخُلاصَةِ » : لوِ اشْتَرَى ثوْبًا ودَراهِمَ بدِينارٍ ، أوِ اشْتَرَى دارًا [٢/ ٦٠ظ] وسُكْنَى دارٍ بمِائَةٍ ، لم يصحَّ فى الأصَحِّ . وهما رِوايَتان فى « الفُروعِ » وغيرِه . فعلى المذهَبِ ، يُقَسَّطُ العِوَضُ عليهما ، قوْلًا واحدًا ، كما قال المُصَنِّفُ هنا .

الشرح الكبير

بذَهَبٍ وفِضَّةٍ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ حُكْمَهُما مُخْتَلِفٌ ، وليس أحَدُهما أَوْلَى مِن الآخرِ ، فبَطَلَ فيهما ، فإنَّ البَيْعَ فيه خِيارٌ ، ولا يُشْتَرَطُ فيه التَّقَابُضُ فى المَجْلِسِ ، ولا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِ المَبِيعِ ، والصَّرْفُ يُشْتَرَطُ له التَّقابُضُ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِ العَيْنِ (1)فى الإِجَارَةِ(1) . وإنْ جَمَعَ بينَ نِكاحٍ وبَيْعٍ بِعِوَضٍ واحِدٍ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، وبِعْتُكَ دَارِى بمائَةٍ . صَحَّ النِّكَاحُ ؛ لكَوْنِه لا يَفْسُدُ بفَسَادِ العِوَضِ . وفى البَيْعِ وَجْهان . وللشافعىِّ قَوْلانِ ، كالوَجْهَيْنِ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو جمَع بينَ بَيْعٍ وخُلْعٍ بعِوَضٍ واحدٍ ، فالحُكْمُ كما تقدَّم فى الجَمْعِ بينَ البَيْعِ والإِجارَةِ ، أو البَيْعِ والصَّرْفِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . الثَّانيةُ ، لو جَمَعَ بينَ بَيْعٍ ونِكاحٍ بعِوَضٍ واحدٍ ؛ فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، وبِعْتُك دارِى بمائَةٍ . صحَّ فى النِّكاحِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعَايَةِ الصُّغْرى » ، وفى « الكُبْرَى » فى مَوْضِعٍ . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ فى الأصحِّ . وقيل : لا يصِحُّ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ : وإنْ جمع بينَ بَيْعٍ ونِكاحٍ بطَلا . وقيلَ : يصِحَّان . انتهى . وقال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وغيرِهم : إذا جمَع بينَ مُخْتَلِفى الحُكْمِ ، كالإِجارَةِ والبَيْعِ ، والنِّكاحِ والبَيْعِ ، فالعَقْدُ صَحيحٌ ، على أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . فجَعَلُوا الجَمْعَ بينَ النِّكاحِ والبَيْعِ ، كالجَمْعِ بينَ الإِجارَةِ والبَيْعِ . فعلى المذهبِ ،

(1 - 1) سقط من : م .

المقنع

وَإنْ جَمَعَ بَيْنَ كِتَابَةٍ وَبَيْعٍ ، فَكَاتَبَ عَبْدَهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، بَطَلَ الْبَيْعُ ، وَفِى الْكِتَابَةِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

١٥٨١ – مسألة : (وإنْ جَمَعَ بينَ كِتابَةٍ وبَيْعٍ ، فكاتَبَ عَبْدَه وباعَهُ شَيْئًا صَفْقَةً واحِدَةً) مثل أنْ يقُولَ : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا ، وكاتَبْتُكَ بمائَةٍ ، كُلَّ شَهْرٍ عَشَرَةٌ (بَطَلَ البَيْعُ) وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه باعَ عَبْدَه لعَبْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِه إيّاهُ مِن غيرِ كِتابَةٍ . وهل تَبْطُلُ الكِتابَةُ ؟ يَنْبَنِى على

الإنصاف

يصِحُّ البَيْعُ أيضًا ، على الصَّحيحِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقيل : لا يصِحُّ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » فى مَوْضِعٍ . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ .

قوله : وإنْ جمَع بينَ كتابَةٍ وبَيْعٍ ، فكاتَبَ عَبْدَه وباعَه شَيْئًا صَفْقَةً واحِدَةً ، بطَل البَيْعُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى البُيوعِ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : يصِحُّ . وقيل : الصِّحَّةُ مَنْصُوصُ أحمدَ . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى النِّكاحِ ، وأبو الخَطَّابِ . والأكْثَرون اكْتَفَوْا باقْتِرانِ البَيْعِ وبشَرْطِه ، وهو كوْنُ المُشْتَرِى مُكاتَبًا يصِحُّ مُعامَلَتُه للسَّيِّدِ . قالَه فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والخَمْسِين » . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » .

الشرح الكبير

رِوَايَتَيْنِ فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

الإنصاف

قوله : وفى الكِتابَةِ وَجْهَان . وأطْلَقَهما فى « الهِدَايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ . قال الشَّارِحُ : وهل تَبْطُلُ الكِتابَةُ ؟ ينْبَنِى على الرِّوايتَيْن فى تَفْريقِ الصَّفْقَةِ ؛ إحداهما ، يصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحَه فى « المُغْنِى » ، و « الحاوِيَيْن » . واخْتارَه ابنُ [٢/٦١و] عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، وفى « الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ .

فائدة : تتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بتَعدُّدِ البائعِ ، أوِ المُشْتَرِى ، أو المَبِيعِ ، أو بتَفْصِيلِ الثَّمَنِ . على الصَّحيحِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . قال ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى « المَبْسُوطِ » : نصَّ أحمدُ أنَّ شِراءَ الاثْنَيْن مِنَ الواحدِ عَقْدان وصَفْقَتان . وقال الحَارِثِىُّ : لو باعَ اثْنان نَصِيبَهما مِنِ اثْنَيْن صَفْقَةً واحدةً ، فقال أصحابُنا : هى بمَثابَةِ أرْبعِ عُقودٍ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقالا : هى أرْبَعَةُ عُقودٍ ؛ إذْ عَقْدُ الواحدِ مع الاثْنَيْن عَقْدان . انتهيا . وقيل : لا يتَعدَّدُ بحالٍ . وأطْلَقَهما فى « الحَاوِيَيْن » . وقيل : يتَعَدَّدُ بتَعدُّدِ البائعِ فقط . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنِ اتَّحدَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكِّلِ ، أو بالعَكْسِ ، فاحْتِمالان ، والأظْهَرُ الاعْتِبارُ بالمُوَكِّلِ ؛ فإنْ قال لاثْنَيْن : بِعْتُكما هذا . فقَبِلَ أحَدُهما ، وقُلْنا : تتَعَدَّدُ الصَّفْقَةُ بتَعدُّدِ المُشْتَرِى . ففى الصِّحَّةِ وَجْهان . ويأْتِى ذلك فى بابِ الشُّفْعَةِ مُحَرَّرًا .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يَصِحُّ الْبَيْعُ مِمَّنْ تَلْزَمُهُ الْجُمُعَةُ بَعْدَ نِدَائِهَا .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ولا يَصِحُّ البَيْعُ مِمَّنْ تَلْزَمُه الجُمُعَةُ بعدَ نِدائِها) لا يَحِلُّ البَيْعُ بعدَ نِداءِ الجُمُعَةِ قبلَ الصَّلاةِ لمَن تَجبُ عليه الجُمُعَةُ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . فإنْ باعَ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ للنَّهْىِ عنه . والنِّداءُ الذى يَتعَلَّقُ به المَنْعُ هو النِّداءُ عَقِيبَ جُلُوسِ الإمامِ على المِنْبَرِ ؛ لأنَّه النِّداءُ الذى كان على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فتَعَلَّقَ الحُكْمُ به ، والنِّداءُ الثالثُ[2] زِيدَ فى زَمَنِ عثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه .

الإنصاف

قوله : ولا يصِحُّ البَيْعُ مِمَّن تَلْزَمُه الجُمُعَةُ بعدَ نِدائِها . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ بشَرْطِه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : يصِحُّ مَعَ التَّحْريمِ . وهو رِوايَةٌ فى « الفائقِ » ، وأطْلَقهما . والتَّفْريعُ على الأوَّلِ .

تنبيهات ؛ الأَوَّلُ ، محَلُّ الخِلافِ إذا لم تَكُنْ حاجَةٌ ، فإنْ كان ثَمَّ حاجَةٌ ، صحَّ البَيْعُ . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . والحاجَةُ هنا ، كالمُضْطَرِّ إلى الطَّعامِ والشَّرابِ ، إذا وجَدَه يُباعُ ، والعُرْيانُ إذا وجَد السُّتْرَةَ تُباعُ ، وكذا كفَنُ المَيِّتِ ومُؤْنَةُ تَجْهيزِه إذا خِيفَ عليه الفَسادُ بالتَّأَخُّرِ ، وكذا لو وجَد أباه يُباعُ ، وهو مَعَ مَن لو ترَكَه معه رحَل وفاتَه الشِّراءُ . وكذا ، على الصَّحيحِ ، لو لم يَجِدْ مَرْكُوبًا ، وكان عاجزًا ، أو لم يَجِدِ الضَّريرُ قائِدًا ، ووجَد ذلك يُباعُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ . وقال فى « الفائقِ » : ولو كان الشِّراءُ لآلَةِ الصَّلاةِ ، أوِ

---

(١) سورة الجمعة ٩ .

(٢) فى م : « الثانى » .

الشرح الكبير

وحَكَى القاضِى رِوَايَةً عن أحمدَ ، أنَّ البَيْعَ يَحْرُمُ بزَوالِ الشَّمْسِ ، وإنْ لم يَجْلِسِ الإمامُ على المِنْبَرِ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأَنَّ اللهَ تعالَى عَلَّقَهُ على النِّداءِ ، لا على الوَقْتِ ، ولأنَّ المَقْصُودَ بهذا إدْراكُ الجُمُعَةِ ، وهو حاصِلٌ بما ذَكَرْنا دُونَ ما ذَكَرَه ، ولأنَّه لو اخْتَصَّ تَحْرِيمُ البَيْعِ بالوَقْتِ لَما اخْتَصَّ بالزَّوالِ ، فإنَّ ما قَبْلَه وَقْتٌ أيضًا . فأَمَّا مَن لا تَجِبُ عليه الجُمُعَةُ مِن النِّساءِ والمُسافِرِين وغيرِهم ، فلا يَثْبُتُ فى حَقِّهِ هذا الحُكْمُ . وذَكَرَ ابنُ أبِى

الإنصاف

المُشْتَرَى أباه ، جازَ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . قال ابنُ تَميمٍ : لا بَأْسَ بشِراءِ ماءٍ للطَّهارَةِ بعدَ أذانِ الجُمُعَةِ . وكذا قال فى « الرِّعايَةِ » ، وزادَ ، وله شِراءُ السُّتْرَةِ ، كما تقدَّم .

الثَّانى ، مُرادُه بقَوْلِه : بعدَ نِدائِها . النِّداءُ الثَّانِى الذى عندَ أوَّلِ الخُطْبَةِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، ابْتِداءُ المَنْعِ مِنَ النِّداءِ الأَوَّلِ ، وهو الذى يُقالُ على[1] المَنارَةِ . وعنه ، المَنْعُ مِن دُخولِ الوَقْتِ . قدَّمه فى « المُنْتَخَبِ » . وهذه الرِّوايَةُ فى « عُيونِ المَسائلِ » . والرِّوايَتان للقاضى ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ، بالزَّوالِ . وأطْلَقَ هذه الرِّوايَةَ ، والرِّوايَةَ الأُولَى ، فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » . الثَّالثُ ، مفْهومُ قوْلِه : مِمَّن تَلْزَمُه [٢/ ٦١ظ] الجُمُعَةُ . أنَّها إذا لم تَلْزَمْه ، يصِحُّ بَيْعُه . وهو صَحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يصِحُّ . وعنه ، لا يصِحُّ مِن مَريضٍ ونحوِه دُونَ غيرِه . فعلى المذهبِ ، يُباحُ على الصَّحيحِ . وقيل : يُكْرَهُ . وجزَم به الزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُه ، فى الأسْواقِ . الرَّابعُ ، ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لو كان أحَدُ المُتَعاقِدَيْن تلزَمُه الجُمُعَةُ ، أنَّ البَيْعَ لا يصِحُّ .

---

(١) فى الأصل ، ا : « عند » .

الشرح الكبير

مُوسَى فيه رِوايَتَيْن ؛ لعُمومِ النَّهْىِ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنَا ، إنْ شاءَ اللهُ تَعالَى ، فإنَّ اللهَ تعالى إنَّما نَهَى عن البَيْعِ مَنْ أمَرَهُ بالسَّعْىِ ، فغيرُ المُخاطَبِ بالسَّعْىِ لا يَتناوَلُه النَّهْىُ ، ولأنَّ تَحْرِيمَ البَيْعِ مُعَلَّلٌ بما يَحْصُلُ به من الاشْتِغَالِ عن الجُمُعَةِ ، وهذا مَعْدُومٌ فى حَقِّهم . فإن كان المُسافِرُ فى غيرِ المِصْرِ ، أو كان مُقِيمًا بقَرْيَةٍ لا جُمُعَةَ على أَهْلِها ، لم يَحْرُمِ البَيْعُ ، ولم

الإنصاف

وهو صَحِيحٌ . وهو المذهبُ ، واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهما . وهو ظاهرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقيل : يصِحُّ . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فإنْ كان أحَدُهما مُخاطَبًا بها دُونَ الآخَرِ ، حَرُمَ على المُخاطَبِ ، وكُرِهَ للآخَرِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَحْرُمَ . وهذا هو الذى قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « الفُصُولِ » : يَحْرُمُ على مَن تجبُ عليه ، ويأْثَمُ فقط ، كالمُحْرِمِ يَشْتَرِى صَيْدًا مِن مُحِلٍّ ، ثَمَنُه حَلالٌ للمُحِلِّ ، والصَّيْدُ حَرامٌ على المُحْرِمِ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . الخامسُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، أنَّه لو وُجِدَ الإيجابُ قبلَ النِّداءِ والقَبُولُ بعدَه ، أنَّه يصِحُّ . وهو قَوْلٌ فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ حُكْمَه حُكْمُ صُدورِ البَيْعِ بعدَ النِّداءِ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : وأحَدُ شِقَّيْه كهُوَ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » . السَّادسُ ، ظاهِرُ تَقْييدِه بالجُمُعَةِ ، صِحَّةُ البَيْعِ بعدَ نِداءِ غيرِها مِنَ الصَّلَواتِ ، مِن غيرِ تَحْريمٍ ، فشَمِلَ صُورَتَيْن ؛ إحْداهما ، إذا لم يَتضَيَّقِ الوَقْتُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَحْرُمُ . وعليه الأصحابُ . وقيل : يَحْرُمُ . وهو احْتِمالٌ لابنِ عَقِيلٍ . قلتُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يَحْرُمَ إذا فاتَتْه الجماعَةُ بذلك ، وتَعذَّرَ عليه جماعَةٌ أُخْرَى ، حيثُ قُلْنا بوُجُوبِها . والثَّانيةُ ، إذا تَضَيَّقَ ، حَرُمَ البَيْعُ ، وفى صِحَّتِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ،

المقنع

وَيصِحُّ النِّكَاحُ وَسَائِرُ الْعُقُودِ ، فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

يُكْرَهْ ، وَجْهًا واحِدًا . فإن كان أحَدُهما مُخاطَبًا بالجُمُعَةِ دونَ الآخَرِ ، حَرُمَ على المُخاطَبِ ، وكُرِهَ للآخَرِ ؛ لِما فيه مِن الإعانَةِ على الإثْمِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَحْرُمَ؛ لقَوْلِه تعالَى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[1] .

١٥٨٢ – مسألة : (ويَصِحُّ النِّكَاحُ وسائِرُ العُقُودِ ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْنِ) كالإجارَةِ والصُّلْحِ [٣/٢٤٤و] ونحوِهما . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه

الإنصاف

و« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ . قال فى « الرِّعايَةِ » : البُطْلانُ أقْيَسُ . قال فى « الفائقِ » ، بعدَ ذِكْرِ حُكْمِ الجُمُعَةِ : ولو ضاقَ وَقْتُ صَلاةٍ ، فكذا حُكْمُه فى التَّحْريمِ والانْعِقادِ . وجزَم به النَّاظِمُ ، واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، وقَواعِدُ المذهبِ تقتَضِى ذلك ، وهى شَبِيهَةٌ بانْعِقادِ النَّافِلَةِ مع ضِيقِ الوَقْتِ عن الفَرِيضَةِ ، كما تقدَّم . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ مع التَّحْريمِ . قال فى « الرِّعايَةِ » : وهو أشْهَرُ .

فوائد ؛ إحْداها ، لو اخْتارَ إمْضاءَ عَقْدِ بَيْعِ الخِيَارِ بعدَ النِّداءِ ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ فى الأصَحِّ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقيل : لا يصِحُّ . الثَّانيةُ ، تَحْرُمُ المُناداةُ والمُساوَمَةُ ، ونحوُهما ممَّا يَشْغَلُ ، حيثُ [٢/٦٢و] قُلْنا : يَحْرُمُ البَيْعُ . الثَّالثةُ ، يَسْتَوِى فى ذلك بَيْعُ الكثيرِ والقَليلِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، وصرَّح به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ .

قوله : ويصِحُّ النِّكَاحُ وسائِرُ العُقُودِ ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْنِ . وهو المذهبُ .

---

(١) سورة المائدة ٢ .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَصِيرِ لِمَنْ يَتَّخِذُهُ خَمْرًا ، وَلَا بَيْعُ السِّلَاحِ فِى الْفِتْنَةِ ، وَلَا لِأَهْلِ الْحَرْبِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ مَعَ التَّحْرِيمِ .

الشرح الكبير

يَحْرُمُ ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ . ولَنا ، أنَّ النَّهْىَ مُختَصٌّ بالبَيْعِ ، وغيرُه لا يُسَاوِيه فى الشُّغْلِ عن السَّعْىِ ؛ لِقِلَّةِ وجُودِه ، فلا يُؤَدِّى إلى تَرْكِ الجُمُعَةِ ، فلا يَصِحُّ قِياسُه على البَيْعِ .

١٥٨٣ – مسألة : (ولا يَصِحُّ بَيْعُ العَصِيرِ لمَن يَتَّخِذُه خَمْرًا ، ولا بَيْعُ السِّلاحِ فى الفِتْنَةِ ، ولا لأَهْلِ الحَرْبِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ مع التَّحْرِيمِ) بَيْعُ العَصِيرِ مِمَّن يَعْتَقِدُ أنَّه يَتَّخِذُه خَمْرًا ، مُحَرَّمٌ . وكَرِهَهُ الشافِعِىُّ . وذَكَرَ بعضُ أَصْحابه أنَّ البائِعَ إذا اعْتَقَدَ أنَّه يَعْصِرُهُ[1] خَمْرًا ، مُحَرَّمٌ ، وإنّما يُكْرَهُ إذا شَكَّ فيه . وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن الحَسَنِ ، وعَطاءٍ ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّه لا بَأْسَ بِبَيْعِ التَّمْرِ مِمَّن يَتَّخِذُه مُسْكِرًا . قال

الإنصاف

وصحَّحه فى « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقيل : لايصِحُّ . اختارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم .

قوله : ولا يصِحُّ بَيْعُ العَصِيرِ لمَن يَتَّخِذُه خَمْرًا ، ولا بَيْعُ السِّلاحِ فى الفِتْنَةِ ، ولا لأَهْلِ الحَرْبِ . وهذا المذهبُ ، نقَلَه الجماعَةُ ، وعليه الأصحابُ . قال

---

(١) فى م : « يصيره » .

الشرح الكبير

الثَّوْرِىُّ : بعِ الحَلالَ مَن شِئْتَ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] . ولأنَّ البَيْعَ تَمَّ بأرْكَانِه وشُرُوطِه . ولَنا، قولُ اللهِ تعالَى : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ . وهذا نَهْىٌ يَقْتَضِى التَّحْرِيمَ . وقد رَوَى ابنُ عَبّاسٍ أنَّ النبىَّ ﷺ أتاهُ جِبْرِيلُ ، فقال : يا مُحَمَّدُ ، إنَّ اللهَ لَعَنَ الخَمْرَ ، وعاصِرَها ، ومُعْتَصِرَها ، وحامِلَها ، والمَحْمُولَةَ إليه ، وشارِبَها ، وبائِعَها ، ومُبْتَاعَها ، وسَاقِيَها . وأشارَ إلى كُلِّ مُعَاوِنٍ عليها ومُسَاعِدٍ فيها . أخْرَجَه التِّرْمِذِىُّ[2] من حَدِيثِ أنَسٍ ، قال[3] : وقد رُوِىَ هذا الحَدِيثُ عن ابنِ عباسٍ[4] ، وابنِ عمرَ[5] عن النَّبِىِّ ﷺ . ورَوَى ابنُ بَطَّةَ بإسْنَادِه عن محمدِ بنِ سِيرِينَ ، أنَّ قَيِّمًا كان لسَعْدِ بنِ أبى وَقّاصٍ فى أَرْضٍ له ، وأَخْبَرَه عن عِنَبٍ أنَّه لا يَصْلُحُ زَبِيبًا ، ولا يَصْلُحُ أن يُباعَ إلَّا لمَن يَعْصِرُه ، فأمَرَهُ بقَلْعِه ، وقال : بِئْسَ الشَّيْخُ أنا إن بِعْتُ

الإنصاف

الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ مع التَّحْريمِ . وعَدَمُ صِحَّةِ بَيْعِ العَصِيرِ لمَن يتَّخِذُه خَمْرًا مِنَ المُفْرَداتِ .

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥ .

(٢) فى : باب النهى أن يتخذ الخمر خلا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩٥ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢/١١٢٢ .

(٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣١٦ .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العنب يعصر للخمر ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢/٢٩٢ .
وابن ماجه ، فى : باب لعنت الخمر على عشرة أوجه ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢/١١٢١ ، ١١٢٢ .
والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥ ، ٧١ ، ٩٧ .

الشرح الكبير

الخَمْرَ[1] . ولأنّه يَعْقِدُ عليها لمَن يَعْلَمُ أنّه يُرِيدُها للمَعْصِيَةِ ، فأشْبَهَ إجارَةَ أمَتِه لمَن يَعْلَمُ أنَّه يَسْتأْجِرُها للزِّنَى بها . والآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بصُوَرٍ كَثِيرَةٍ ، فيُخَصُّ منها صُورَةُ النِّزاعِ بدَلِيلِنا . وقَوْلُهم : تمَّ البَيْعُ بشُرُوطِه وأرْكانِه . قلنا : لكنْ وُجِدَ المانِعُ منه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَحْرُمُ البَيْعُ إذا عَلِمَ البائِعُ قَصْدَ المُشْتَرِى ذلك ، إمّا بقَوْلِه ، أو بقَرائِنَ مُحْتَفَّةٍ بـه[2] تَدُلُّ عليه . وإنْ كانَ الأمْرُ مُحْتَمِلًا ، كمَن لا يَعْلَمُ حالَه ، أو مَن يَعْمَلُ الخَلَّ والخَمْرَ مَعًا ، ولم يَلْفِظْ بما يَدُلُّ على إرادَةِ الخَمْرِ ، فالبَيْعُ جائِزٌ . فإن باعَهَا لِمَن يَتَّخِذُهَا خَمْرًا ، فالبَيْعُ باطِلٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِيِّ ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ فى ذلك اعْتِقادُه بالعَقْدِ دُونَه ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، كما لو دَلَّسَ العَيْبَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ على عَيْنٍ لمَعْصِيَةِ اللهِ تعالى بها ، فلم يَصِحَّ ، كإجَارَةِ الأَمَةِ للزِّنَى والغِناءِ . وأَمّا التَّدْلِيسُ فهو المُحَرَّمُ دُونَ العَقْدِ . ولأَنَّ التَّحْرِيمَ هنا لِحَقِّ اللهِ تعالى ، فأفْسَدَ العَقْدَ ، كبَيْعِ الرِّبا ، وفارَقَ التَّدْلِيسَ ، فإنَّه لِحَقِّ آدَمِيٍّ .

فصل : وهكذا الحُكْمُ فى كُلِّ ما قُصِدَ به الحرامُ ، كبَيْعِ السِّلاحِ فى الفِتْنَةِ ، أو لأَهْلِ الحَرْبِ ، أو لقُطّاعِ الطَّرِيقِ ، وبَيْعِ الأَمَةِ للغِناءِ ،

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا عَلِمَ أنَّهُ يُفْعَلُ به ذلك . على الصَّحيحِ . وقيل : أو ظَنَّه .

---

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب الكراهية فى بيع العصير ، من كتاب الأشربة . المجتبى ٢٩٤/٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب العصير شربه وبيعه ، من كتاب الأشربة . مصنف عبد الرزاق ٢١٨/٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى بيع العصير ، من كتاب البيوع والأقضية . مصنف ابن أبى شيبة ٥٩٨/٦ .

(٢) فى م : « بقوله » .

الشرح الكبير

أو إجارَتِها لذلك ، فهو حَرامٌ ، والعَقْدُ باطِلٌ ؛ لِما قَدَّمْنا . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد نَصَّ أحمدُ على مسائِلَ نَبَّهَ بها على ذلك ، فقال فى القَصّابِ والخَبَّازِ [٢٤٤/٣ظ] إذا عَلِمَ أنَّ مَن يَشْتَرِى منه يدعو عليه مَن يَشْرَبُ المُسْكِرَ : لا يَبِيعُه ، ومَن يَخْرُطُ الأَقْداحَ لا يَبِيعُها لمَن يَشْرَبُ فيها . ونَهَى عن بَيْعِ الدِّيباجِ للرِّجالِ ، ولا بَأْسَ ببَيْعِه للنِّساءِ . ورُوِىَ عنه : لَا يَبِيعُ الجَوْزَ مِن الصِّبْيانِ للقِمارِ . وعلى قِياسِه البَيْضُ ، فيكونُ بَيْعُ ذلك كُلِّه باطِلًا .

فصل : قال أحمدُ فى رَجُلٍ ماتَ وخَلَّفَ جارِيَةً مُغَنِّيَةً ، ووَلَدًا يَتِيمًا ، وقد احْتاجَ إلى بَيْعِها ، قال : يَبِيعُها على أنَّها ساذِجَةٌ . فقيلَ له : إنَّها تُساوِى ثلاثِينَ ألْفَ دِرْهَمٍ ، فإذا بِيعَتْ ساذِجَةً تُساوِى عِشْرِين دِينارًا . فقال : لا تُباعُ إلَّا على أنَّها ساذِجَةٌ . وَوَجْهُهُ ما رَوَى أبو أُمامَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لا يَجُوزُ بَيْعُ المُغَنِّياتِ ولا أَثْمانُهُنَّ وَلا كَسْبُهُنَّ » . قال التِّرْمِذِىُّ[(١)] : لا نَعْرِفُه إلَّا مِن حَدِيثِ عَلِىِّ بن يَزِيدَ ، وقد تَكَلَّمَ فيه بعضُ أهْلِ العِلْمِ . وَرواهُ ابنُ ماجه[(٢)] . وهذا يُحْمَلُ على بَيْعِهِنَّ لأَجْلِ الغِناءِ ، فأمّا مالِيَّتُهُنَّ الحاصِلةُ بغيرِ الغِناءِ فلا تَبْطُلُ ، كَبَيْعِ العصيرِ لمَن لا يَتَّخِذُه

الإنصاف

اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وهو ظاهِرُ نَقْلِ ابنِ الحَكَمِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدة : مِثْلُ ذلك فى الحُكْمِ ، بَيْعُ المَأْكُولِ ، والمَشْرُوبِ ، والمَشْمُومِ ،

---

(١) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع المغنيات ، من أبواب البيوع . وباب تفسير سورة لقمان ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢٨١/٥ ، ٢٨٢ ، ٧٢/١٢ ، ٧٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٢/٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٤ ، ٢٦٨ .

(٢) فى : باب مالا يحل بيعه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ .

الشرح الكبير

خَمْرًا ، فإنَّه لا يَحْرُمُ لصَلاحِيَته للخَمْرِ .

فصل : ولا يَجُوزُ بَيْعُ الخَمْرِ ، ولا التَّوَكُّلُ فى بَيْعِه ولا شِرَائِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أهلُ العِلْمِ على أنَّ بَيْعَ الخَمْرِ غيرُ جائزٍ . وعندَ أبى حَنِيفَةَ ، يَجُوزُ للمُسْلِمِ أنْ يُوَكِّلَ ذِمِّيًّا فى بَيْعِها وشِرَائِها . ولا يَصِحُّ ؛ فإنَّ عائِشَةَ رَوَتْ أنّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « حُرِّمَتِ التِّجَارَةُ فِى الخَمْرِ »[1] . وعن جابرٍ أنَّه سَمِعَ النَّبِىَّ ﷺ عامَ الفَتْحِ ، وهو بمَكَّةَ يقولُ : « إنَّ اللهَ ورَسُولَه حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ » . فقيل : يا رسولَ اللهِ ، أَرَأَيْتَ شُحُومَ المَيْتَةِ ، فإنَّه تُطْلَى بها السُّفُنُ ، وتُدْهَنُ بها الجُلُودُ ، ويَسْتَصْبِحُ بها النَّاسُ ؟ فقال : « لا ، هو حَرامٌ » . ثم قال رسولُ اللهِ ﷺ : « قاتَلَ اللهُ اليَهُودَ ، إنَّ اللهَ تعالَى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَها ، فجَمَلُوهُ ، ثم

الإنصاف

لمَن يشْرَبُ عليه المُسْكِرَ ، وكذا الأَقْداحُ ، لمَن يشْرَبُ بها ، وكذا الجَوْزُ ، والبَيْضُ ، ونحوُهما للقِمارِ ، وكذا بَيْعُ الأَمَةِ والغُلامِ لمَن عُرِفَ بوَطْءِ الدُّبُرِ ، أو للغِناءِ ، أمَّا بَيْعُ السِّلاحِ لأَهْلِ العَدْلِ ، كقِتالِ البُغاةِ ، وقُطَّاعِ الطَّرِيقِ ، فجائزٌ .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب تحريم تجارة الخمر فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وباب آكل الربا وشاهده وكاتبه ... ، وباب تحريم التجارة فى الخمر ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ... ، وباب : ﴿ يمحق الله الربا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ١/١٢٤ ، ٣/٧٧ ، ١٠٨ ، ٦/٤٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الخمر ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٠٦ . وأبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٣٠٠ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب بيع الخنزير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٢ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب التجارة فى الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢/١١٢٢ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الخمر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٢٤ ، ٣٢٦ .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَيَصِحُّ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

باعُوهُ ، وأَكَلُوا ثَمَنَه » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ومَن وَكَّلَ فى بَيْعِ الخَمْرِ ، وأكَلَ ثَمَنَه ، فقد أشْبَهَهُم فى ذلك ، ولأنَّ الخَمْرَ نَجِسَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فحَرُمَ بَيْعُها والتَّوْكِيلُ فيه ، كالمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ .

١٥٨٤ – مسألة : (ولا يَصِحُّ بَيْعُ العَبْدِ المُسْلِمِ لكافِرٍ ، إلَّا أن يكونَ مِمَّن يَعْتِقُ عليه ، فيَصِحُّ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ) لا يَصِحُّ شراءُ الكافِرِ مُسْلِمًا. وهذا إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مالِكٍ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ: يَصِحُّ، ويُجْبَرُ على إزالَةِ مِلْكِه؛ لأنَّه يَمْلِكُ المُسْلِمَ بالإرْثِ ، ويَبْقَى مِلْكُه عليه إذا أَسْلَمَ فى يَدِه ، فصَحَّ أن يَشْتَرِيَه ، كالمُسْلِمِ . ولَنا ، أنَّه يُمْنَعُ اسْتِدامَةَ مِلْكِه عليه ، فَمُنِعَ ابْتِداءَه ،

الإنصاف

قوله : ولا يصِحُّ بَيْعُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لكَافِرٍ . هذا المذهبُ فى الجُمْلَةِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وذكَر بعضُ الأصحابِ فى طَرِيقَتِه رِوايَةً بصِحَّةِ بَيْعِه لكافِرٍ ، كمذهبِ أبِى حَنِيفَةَ ، ويُؤْمَرُ ببَيْعِه أو كِتابَتِه .

قوله : إلَّا أن يكونَ ممَّن يَعْتِقُ عليه ، فيصِحُّ فى إحْدَى الرِّوَايتَيْن . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى أَواخِرِ العِتْقِ : وإنِ اشْتَرَى الكافِرُ أَباه المُسْلِمَ ، صحَّ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢/٣٠٧ .

الشرح الكبير

كالنِّكَاحِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يُثْبِتُ المِلْكَ للكافِرِ على المُسْلِمِ ، فلم يَصِحَّ ، كالنِّكَاحِ ، وإنَّما مَلَكَه بالإِرْثِ ، وبَقِىَ مِلْكُه عليه إذا أَسْلَمَ فى يَدِه ؛ لأنَّ الاسْتِدَامَةَ أَقْوَى مِن الابْتِداءِ بالفِعْلِ والاخْتِيَارِ ، بدَلِيلِ ثُبُوتِه بهما (١للمُحْرِمِ فى الصَّيْدِ١) مع مَنْعِه مِن ابْتِدائِه ، فلا يَلْزَمُ مِن ثُبُوتِ الأَقْوَى ثُبُوتُ ما دُونَه ، مع أنَّا نَقْطَعُ الاسْتِدَامَةَ عليه [٣/٢٤٥و] بإجْبَارِه على إزالَتِها . فإنْ كان مِمَّن يَعْتِقُ عليه بِالقَرَابَةِ ، صَحَّ ، فى إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وعَتَقَ عليه . وهذا قولُ بعضِ الأَصْحَابِ . والأُخْرَى ، لا يَصِحُّ ، ولا

الإنصاف

على الأصَحِّ ، وعتَق . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . جزَم به فى « الهِدايَـةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقال : نصَّ عليه . وقدَّمه النَّاظِمُ . (٢وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ »٢) . ويأْتِى فى بابِ الوَلاءِ ، إذا قال الكافِرُ لرَجُلٍ : أَعْتِقْ عَبْدَكَ المُسْلِمَ عَنِّى ، وعلَىَّ ثَمَنُه . هل يصِحُّ أم لا ؟ ويأْتِى فى كتابِ العِتْقِ ، إذا أَعْتَقَ الكافِرُ نَصِيبَه مِن مُسْلِمٍ وهو مُوسِرٌ ، هل يسْرِى إلى باقِيه ، أم لا ؟

فائدة : لو وكَّل مُسْلِمٌ كافِرًا فى شِراءِ عَبْدٍ مُسْلِمٍ ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يصِحُّ مُطْلَقًا . [٢/٦٢ظ] وأطْلَقهما النَّاظِمُ . وقيل : يصِحُّ إنْ سَمَّى المُوَكِّلَ فى العَقْدِ ، وإلَّا فلا . واخْتارَه الأَزَجِىُّ فى

(١ - ١) فى الأصل ، م : « للحوم الصيد » .

(٢ - ٢) زيادة من : ش .

المقنع

وَإنْ أَسْلَمَ عَبْدُ الذِّمِّيِّ ، أُجْبِرَ عَلَى إزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ كِتَابَتُهُ .

الشرح الكبير

يَعْتِقُ ؛ لأنَّه شِراءٌ يَمْلِكُ به المُسْلِمَ ، فلم يَصِحَّ ، كالذى لا يَعْتِقُ عليه ، ولأَنَّ ما مُنِعَ مِن شِرائِه لم يُبَحْ له شِراؤُه ، وإنْ زالَ مِلْكُه عَقِيبَ الشِّراءِ ، كشِرَاءِ المُحْرِمِ الصَّيْدَ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُولَى أنَّ المِلْكَ لا يَسْتَقِرُّ عليه ، وإنَّما يَعْتِقُ بمُجَرَّدِ المِلْكِ فى الحالِ ، ويَزُولُ المِلْكُ عنه بالكُلِّيَّةِ ، ويَحْصُلُ له من نَفْعِ الحُرِّيَّةِ أَضْعافُ ما حَصَلَ مِن الإهانَـةِ[1] بالمِلْكِ فى لَحْظَةٍ يَسيرَةٍ . ويُفارِقُ مَن لا يَعْتِقُ عليه ، فإنَّ مِلْكَه لا يَزُولُ إلَّا بإزَالَتِه ، وكذلك شِراءُ المُحْرِمِ الصَّيْدَ .

١٥٨٥ – مسألة : (وإنْ أَسْلَمَ عبدُ الذِّمِّيِّ ، أُجْبِرَ على إزالَةِ مِلْكِه عنه) لأَنَّه لا يَجُوزُ اسْتِدامَةُ المِلْكِ للكافِرِ على المُسْلِمِ إجْماعًا . (وليس له كِتابَتُه) لأنَّ الكِتابَةَ لا تُزِيلُ مِلْكَ السَّيِّدِ عنه ، ولا يَجُوزُ إقْرارُ مِلْكِ

الإنصاف

« النِّهايَةِ » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . وقال فى « الواضِحِ » : إنْ كفَّر بالعِتْقِ ، وكَّل مَن يَشْتَرِيه له وَيعْتِقُه . وقال فى « الانْتِصارِ » : لا يَبِيعُ الكافِرُ آبِقًا ، ويُوَكِّلُ فيه لمَن هو فى يَدِه . وتقدَّم فى أوَاخِرِ كتابِ الجِهادِ ، هل يَبِيعُ[2] مَنِ اسْتُرِقَّ مِنَ الكُفَّارِ للكُفَّارِ ؟ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، وتقدَّم المذهبُ فى ذلك .

قوله : وإنْ أَسْلَمَ عَبْدُ الذِّمِّيِّ ، أُجْبِرَ على إزالَةِ مِلْكِه عنه – بلا نِزاعٍ – وليس له كِتابَتُه . هذا أَحَدُ الوَجْهَيْن ، والمذهبُ منهما . جزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، وقال : هو أوْلَى . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ،

---

(١) فى م : « الإماء » .

(٢) فى الأصل ، ط : « بيع » .

المقنع وَقَالَ الْقَاضِى : لَهُ [٩٤و] ذَلِكَ .

الشرح الكبير الكافِرِ عليه . (وقال القاضِى : له ذلك) لأنه يُزِيلُ يدَه عنه ، فأَشْبَهَ بَيْعَه . والأَوَّلُ أَوْلَى .

الإنصاف فى أوَاخِرِ بابِ الكِتابَةِ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » فى بابِ التَّدْبيرِ ، وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » فى بابِ الكِتابَةِ . وقال القاضى : له ذلك . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وحكاه فى « الفُروعِ » ، عن أبى بَكْرٍ ، وأنَّها تكْفِى . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن ، ويَكْفِى فى الأصحِّ . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبيرِ » ، و « الفائقِ » ، وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، فى بابِ الكِتابَةِ . ويأْتِى إذا أسْلَمَ عَبْدُه أو أُمُّ وَلَدِه فى بابِ التَّدْبيرِ . وفى الاكْتِفاءِ بالكِتابَةِ إذا وَرِثَه الوَجْهان ، خِلافًا ومذهَبًا .

فائدة : قيلَ : يَدْخلُ العَبْدُ المُسْلِمُ فى مِلْكِ الكافِرِ ابْتِداءً فى سَبْعِ مَسائلَ ؛ إحْداها ، الإرْثُ . الثَّانيةُ ، اسْتِرْجاعُه بإفْلاسِ المُشْتَرِى . يعْنِى ، لو اشْتَرَى عَبْدًا كافِرًا مِن كافِرٍ ، ثم أسْلَم العَبْدُ ، وأفْلَس المُشْتَرِى ، وحجَر عليه . الثَّالثةُ ، إذا رجَع فى هِبَتِه لوَلَدِه . يعْنِى ، لو وهَب الكافِرُ عَبْدَه الكافرَ لوَلَدِه المُسْلِمِ ، ثم أسْلَم العَبْدُ ، ورجَع فى هِبَتِه . الرَّابعةُ ، إذا رُدَّ عليه بعَيْبٍ . يعْنِى ، إذا باعَه ثم أسْلَم ، وظهَر به عَيْبٌ فرَدَّه . وحكَى فى « القَواعِدِ » فيه وفى ما يُشابِهُه وَجْهَيْن . الخامسةُ ، إذا قال الكافِرُ لمُسْلِمٍ : أعْتِقْ عَبْدَكَ المُسْلِمَ عَنِّى . وصحَّحْناه . على ما يأْتِى فى بابِ الوَلاءِ . السَّادسةُ ، إذا كاتَبَ عَبْدَه ، ثم أسْلَم ، ثم عجَز عن نَفْسِه . على قَوْلٍ . السَّابعةُ ، إذا اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه . على ما تقدَّم . قلتُ : وتأْتِى ثامنةٌ ؛ وهى جَوازُ شِرائِه ، ويُؤْمَرُ ببَيْعِه وكِتابَتِه . على رِوايَةٍ ذكَرَها بعضُ الأصحابِ فى طَرِيقَتِه . وتاسِعَةٌ ؛

المقنع

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرَّجُلِ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِمَنِ اشْتَرَى سِلْعَةً بِعَشَرَةٍ : أَنَا أُعْطِيكَ مِثْلَهَا بِتِسْعَةٍ . وَلَا شِرَاؤُهُ عَلَى شِرَاءِ أَخِيهِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِتِسْعَةٍ : عِنْدِي فِيهَا عَشَرَةٌ .

الشرح الكبير

١٥٨٦ – مسألة : (ولا يَجُوزُ بَيْعُ الرجُلِ على بَيْعِ أَخِيهِ ؛ وهو أنْ يقولَ لمَن اشْتَرَى سِلْعَةً بعَشَرَةٍ : أَنَا أُعْطِيكَ مِثْلَها بتِسْعَةٍ . ولا شِراؤُه على شِراءِ أخِيه ؛ وهو أنْ يقولَ لِمَنْ باعَ سِلْعَةً بتِسْعَةٍ : عِنْدِي فيها عَشَرَةٌ .

الإنصاف

وهي ما إذا ملَكَه الحَرْبِيُّ ، وقُلْنا : إنَّه يَمْلِكُ مالَنا بالاسْتِيلاءِ . على ماتقدَّم في قِسْمَةِ الغَنِيمَةِ . وعاشِرَةٌ ؛ وهي إذا اسْتَوْلَدَ المُسْلِمُ أمَةَ الكافِرِ . قالَه ابنُ رَجَبٍ في « القاعِدَةِ الخَمْسِين » . وقال : يَمْلِكُ الكافِرُ المَصاحِفَ بالإِرْثِ ، ويَرُدُّه عليه بعَيْبٍ ونحوه ، وبالقَهْرِ . وحادِيَةَ عشْرَةَ؛ وهي ما إذا باعَ الكافِرُ عَبْدًا كافِرًا بشَرْطِ الخِيارِ مُدَّةً، وأسْلَم العَبْدُ فيها . قلتُ : قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ في [٦٣/٢و] « شَرْحِ المُحَرَّرِ » : هل يمْلِكُ الكافِرُ فَسْخَ العَقْدِ بإفْلاسِ المُشْتَرِي ، أو عَيْبِ الثَّمَنِ ، أو بخِيارٍ ، أو إذا وهَبَه لابنِه المُسْلِمِ ، أم لا ؟ قِياسُ المذهبِ ، يَمْلِكُه ولا يُقَرُّ في مِلْكِه ؛ لأنَّ في مَنْعِه مِن ذلك إبْطالُ حَقِّ العَقْدِ . قال : وفيه نظَرٌ . انتهى . ويُؤْخَذُ مِن كلامِه صُورَةٌ أُخْرَى ؛ وهو ، ماإذا وجَد ثَمَنَه مَعِيبًا . وقُلْنا : الدَّراهِمُ والدَّنانِيرُ تَتَعيَّنُ بالتَّعْيِينِ . وكانتْ مُعَيَّنَةً وردَّها ، وكان قد أسْلَم قبلَ ذلك . فتكونُ اثْنَى عَشْرَةَ مسْأَلَةً .

فائدة : قوله : ولا يجوزُ بَيْعُ الرَّجُلِ على بَيْعِ أخِيه ؛ وهو أنْ يقولَ لمَن اشْتَرَى سِلْعَةً بعَشَرَةٍ : أنا أُعْطِيك مِثْلَها بتِسْعَةٍ . ولا شِراؤُه على شِراءِ أخِيه ؛ وهو أنْ يقولَ لمَن باعَ سِلْعَةً بتِسْعَةٍ : عندِي فيها عَشَرَةٌ ؛ ليَفْسَخَ البَيْعَ ، ويَعقِدَ معه . وهذا بلا نِزاعٍ فيهما . ويُتَصَوَّرُ ذلك في مَسْأَلَتَيْن ؛ الأُولَى ، في خِيارِ المَجْلِسِ ، والثَّانيةُ ،

المقنع لِيَفْسَخَ الْبَيْعَ وَيَعْقِدَ مَعَهُ . فَإِنْ فَعَلَ ، فَهَلْ يَصِحُّ الْبَيْعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير لِيَفْسَخَ البَيْعَ ويَعْقِدَ معه . فإنْ فَعَلَ ، فهل يَصِحُّ البيْعُ ؟ على وَجْهَيْنِ) أمَّا البَيْعُ فهو مُحَرَّمٌ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا يَبِعْ بَعْضُكُم على بَيْعِ بَعْضٍ »[1] . ومَعْنَاهُ ما ذَكَرْنَا . ومِثْلُه أنْ يَقُولَ : أَبِيعُكَ خَيْرًا منها بثَمَنِها . أو يَعْرِضَ عليه[2] سِلْعَةً يُرَغِّبُ المُشْتَرِىَ ؛ لِيَفْسَخَ البَيْعَ ويَعْقِدَ معه ، فلا يَجُوزُ ذلك ؛ للنَّهْىِ عنه ، ولِما فيه مِن الإضْرَارِ بالمُسْلِمِ

الإنصاف فى خِيارِ الشَّرْطِ . وجزَم به فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما . قال ابنُ رَجَبٍ فى « شَرْحِ الأَرْبَعِين النَّوَوِيَّةِ » ، فى شَرْحِ الحديثِ الخامسِ والثَّلاثِين : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ ابنِ مُشَيْشٍ ، قال : ومالَ إلى القَوْلِ بأنَّه عامٌّ فى الحالَيْن . انتهى . يعْنِى ، فى مُدَّةِ الخِيارِ وبعدَها . قال : وهو قَوْلُ طائِفَةٍ مِن أصحابِنا ، وهو أظْهَرُ . انتهى . وعلَّله بتعاليلَ جَيِّدَةٍ . وأمَّا قبلَ العَقْدِ ؛ فهو سَوْمُه على سَوْمِ أخِيه ، على ما يأْتِى .

قوله : فإنْ فعَل فهل يصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن . وهما رِوايَتان فى « الفُروعِ » وغيرِه . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و« الحاوِيَيْن » ،

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل والبقر ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٩٢/٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٥/٣ . وأبو داود ، فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٢/٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن المصراة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٢/٧ ، ٢٢٣ . والإمام مالك فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٤/٢ ، ٤٦٥ ، ٥٠١ .

(٢) فى م : « عليهما » .

الشرح الكبير

والإِفْسَادِ عليه . وفى مَعْنَى ذلك شِراؤُه على شِراءِ أخيه ؛ لأَنَّه فى مَعْنَى المَنْهِيِّ عنه ، ولأَنَّ الشِّراءَ يُسَمَّى بَيْعًا ، فَيَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ ، ولأَنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى أنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ على خِطْبَةِ أَخِيهِ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وهو فى مَعْنَى الخاطِبِ . فإنْ خالَفَ ، وفَعَلَ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ للنَّهْىِ عنه ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفَسادَ . وفيه وَجْهٌ ، أنَّه يَصِحُّ ؛ لأَنَّ المُحَرَّمَ هو عَرْضُ سِلْعَتِه على المُشْتَرِى ، أو قَوْلُه الذى فُسِخَ البَيْعُ مِن أَجْلِه ، وذلك سابِقٌ على البَيْعِ ،

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ ، أعْنِى البَيْعَ الثَّانِىَ ، وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : البَيْعُ باطِلٌ فى ظاهِرِ المذهب . قال فى « الفُروعِ » : لم يصِحَّ على الأصحِّ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أَشْهَرُها البُطْلانُ . واخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يبيع على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما لا يجوز من الشروط فى النكاح ، من كتاب الشروط ، وفى : باب لا يخطب على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/٩١ ، ٢٥٠ ، ٧/٢٤ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٢/١٠٢٨ ، ١٠٣٢ - ١٠٣٤ ، ٣/١١٥٤ . وأبو داود ، فى : باب فى كراهية أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١/٤٨٠ . والنسائى ، فى : باب سوم الرجل على سوم أخيه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٦ . وابن ماجه ، فى : باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٠ . والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخطبة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/٥٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٣٠ ، ١٤٢ ، ١٥٣ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣١٨ ، ٣٩٤ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٤/١٤٧ ، ٥/١١ .

الشرح الكبير

ولأنَّه إذا صَحَّ الفَسْخُ الذى حَصَلَ به الضَّرَرُ ، فالبَيْعُ المُحَصِّلُ للمَصْلَحَةِ أوْلَى ، ولأنَّ النَّهْىَ لحَقِّ آدَمِىٍّ ، فأَشْبَهَ بَيْعَ النَّجْشِ . وهذا مَذْهَبُ الشافِعِىِّ .

فصل : ورَوَى مُسْلِمٌ[1] ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لا يَسُمِ الرَّجُلُ على سَوْمِ أَخِيهِ » . ولا يَخْلُو مِن أرْبَعَةِ أَقْسامٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يُوجَدَ مِن البائِعِ تَصْرِيحٌ بالرِّضَا بالبَيْعِ . فهذا يُحَرِّمُ السَّوْمَ على غيرِ ذلك المُشْتَرِى ، وهو الذى تَناوَلَه النَّهْىُ . الثانى ، أنْ يَظْهَرَ منه ما يَدُلُّ على عَدَمِ الرِّضَا ، فلا يَحْرُمُ السَّوْمُ ؛ لأنَّ النبىَّ [٢٤٥/٣ ظ] ﷺ باعَ فى مَن يَزِيدُ ، فرَوَى أنَسٌ أنَّ رَجُلًا مِن الأنْصارِ شَكَا إلى النَّبِىِّ ﷺ الشِّدَّةَ

الإنصاف

« الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يحْرُمُ الشِّراءُ على شِراءِ أخِيه ، فإنْ فعَل ، كان للمُشْتَرِى الأوَّلِ مُطالَبَةُ البائعِ بالسِّلْعَةِ ، وأخْذُ الزِّيادَةِ ، أو عِوَضِها .

فائدتان ؛ إحْداهما ، سَوْمُه على سَوْمِ أخِيه مُحَرَّمٌ مع الرِّضَى صَرِيحًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يُكْرَهُ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . فعلَى المذهبِ ، يصِحُّ البَيْعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ . وهو ظاهِرُ

---

(١) فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، وباب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١٠٢٩/٢ ، ١٠٣٣ ، ١٠٣٤ ، ١١٥٤/٣ ، ١١٥٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن البيع على بيع أخيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٩٣/٥ . وابن ماجه ، فى : باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٤/٢ ، ٤١١ ، ٤٢٧ ، ٤٥٧ ، ٤٦٣ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ ، ٥٢٩ .

الشرح الكبير

والجَهْدَ ، فقال له : « أمَا تبَقَّى لَكَ شَىءٌ ؟ » قال : بَلَى ، قَدَحٌ وحِلْسٌ[1] . قال : « فائتِنِى بِهِمَا » . فأَتَاهُ بهما ، فقال : « مَنْ يَبْتَاعُهُمَا ؟ » . فقال رجلٌ : أَخَذْتُهما بدِرْهَمٍ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ [2]مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ ؟ »[2] . فأَعْطَاهُ رَجُلٌ دِرْهَمَيْنِ ، فبَاعَهُمَا منه . رواه التِّرْمِذِىُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وهذا أيضًا إجْماعٌ ؛ فإنَّ المُسْلِمِينَ يَبِيعُونَ فى أَسْوَاقِهِم بالمُزَايَدَةِ . الثالِثُ ، أنْ لا يُوجَدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا ولا عَدَمِه ، فلا يَحْرُمُ السَّوْمُ أيْضًا ولا الزِّيَادَةُ ؛ اسْتِدْلَالًا بحَدِيثِ فاطِمَةَ بنتِ قَيْسٍ ، حينَ ذَكَرَت له أنَّ مُعَاوِيَةَ وأبا جَهْمٍ خَطَبَاها ، فأَمَرَها أنْ تَنْكِحَ أُسامَةَ[4] . وقد نَهَى عن الخِطْبَةِ على خِطْبَةِ أخِيه ، كما نَهَى عن السَّوْمِ على سَوْمِ أخِيهِ ، فما أُبِيحَ

الإنصاف

ما جزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وظاهِرُ « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، أنَّ فى صِحَّةِ البَيْعِ رِوايَتَين ، وإنْ حصَل الرِّضَى ظاهِرًا ، لم يَحْرُمِ

---

(1) الحلس : كل شىء ولى ظهر البعير والدابة تحت الرحل ، والقتب والسرج والبرذعة .

(2 - 2) سقط من : م .

(3) فى : باب ما جاء فى بيع من يزيد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٢٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يجوز فيه المسألة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٨١ . والنسائى ، فى : باب البيع فى من يزيد ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٧ . وابن ماجه ، فى : باب بيع المزايدة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ .

(4) أخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثًا لا سكنى لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/١١١٤ - ١١١٦ . وأبو داود ، فى : باب نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٣٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٧٣ . والنسائى ، فى : باب إذا استشارت المرأة رجلا فى من يخطبها هل يخبرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٦٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى نفقة المطلقة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٨١ .

الشرح الكبير

فى أَحَدِهما أُبيحَ فى الآخرِ . الرابعُ ، أنْ يَظْهَرَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا مِن غيرِ تَصْريحٍ . فقال القاضِى : لا تَحْرُمُ المُساوَمَةُ . وذَكَرَ أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه فى الخِطْبَةِ؛ اسْتِدْلَالًا بِحَدِيثِ فاطِمَةَ. ولأنَّ الأَصْلَ إباحَةُ السَّوْمِ والخِطْبَةِ ، فَحَرُمَ منه ما وُجِدَ فيه التَّصْريحُ بالرِّضَا ، وما عَدَاهُ يَبْقَى على الأَصْلِ . قال شَيْخُنا[1] : ولو قيلَ بالتَّحْرِيمِ هٰهُنا ، لكانَ وَجْهًا حَسَنًا ، فإنَّ النَّهْىَ عامٌّ ، خَرَجَتْ منه الصُّورَةُ المَخْصُوصَةُ بأَدِلَّتِها ، فتَبْقَى هذه الصُّورَةُ على مُقْتَضَى العُمُومِ . ولأنَّه وُجِدَ منه دَلِيلٌ على الرِّضَا ، أَشْبَهَ ما لو صَرَّحَ به ، ولا يَضُرُّ اخْتِلافُ الدَّلِيلِ بعدَ التَّساوِى فى الدَّلَالَةِ . وليس فى حَدِيثِ فاطِمَةَ ما يَدُلُّ على الرِّضَا ؛ لأَنَّها جاءَتْ مُسْتَشِيرَةً للنَّبِىِّ ﷺ ، وليس ذلك دَلِيلًا على الرِّضَا ، وكيف تَرْضَى وقد نَهاهَا النَّبِىُّ ﷺ بقَوْلِه : « لا تَفُوتِينَا بنَفْسِكِ » . فلم تكُنْ تَفْعَلُ شَيْئًا قبلَ مُراجَعَةِ النَّبِىِّ ﷺ . والحُكْمُ فى الفَسَادِ كالحُكْمِ فى البَيْعِ على بَيْعِ أَخِيه ، فى المَوْضِعِ الذى حَكَمْنا بالتَّحْرِيمِ فيه .

الإنصاف

السَّوْمُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَحْرُمُ كرضَاه صَرِيحًا . قال المُصَنِّفُ : لو قيل بالتَّحْريمِ هنا ، لكان وَجْهًا حسَنًا . وصحَّحه النَّاظِمُ . فعلَيه ، لو تساوَى الأمْران ، لم يَحْرُمْ . على الصَّحيحِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقيل : يَحْرُمُ أيضًا . وأمَّا إذا ظهَر منه ما يَدُلُّ على عدَمِ

---

(1) فى : المغنى ٦/٣٠٨ .

المقنع

وَفِى بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِى رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ بِخَمْسَةِ شُرُوطٍ ؛ أَنْ يَحْضُرَ الْبَادِى لِبَيْعِ

الشرح الكبير

فصل : وبَيْعُ التَّلْجِئَةِ باطِلٌ . وبه قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِيُّ : هو صَحِيحٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ تمَّ بأرْكانِه وشُرُوطِه ، خالِيًا عن مُقارَنَةٍ مُفْسِدَةٍ ، فصَحَّ ، كما لو اتَّفَقا على شَرْطٍ فاسِدٍ ، ثم عَقَدَا البَيْعَ بغَيْرِ شَرْطٍ . ولَنا ، أنَّهما ما قَصَدَا البَيْعَ ، فلم يَصِحَّ منهما ، كالهازِلَيْن . ومَعْنَى بَيْعِ التَّلْجِئَةِ ، أنْ يخافَ أنْ يأْخُذَ السُّلْطانُ أو غيرُه مِلْكَه ، فيُواطِئَ رَجُلًا على أنْ يُظْهِرَ أنَّه اشْتَراهُ منه ؛ ليَحْتَمِىَ بذلك ، ولا يُرِيدَانِ بَيْعًا حَقِيقِيًّا .

١٥٨٧ – مسألة : (وفى بَيْعِ الحاضِرِ للبادِى رِوَايَتانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَصِحُّ . والأُخْرَى ، لا يَصِحُّ بخَمْسَةِ شُرُوطٍ ؛ أنْ يَحْضُرَ البادِى لِبَيْعِ

الإنصاف

الرِّضَى ، فإنَّه لا يَحْرُمُ ، قوْلًا واحِدًا . وقسَّمَ فى « عُيونِ المَسائلِ » [٦٣/٢ظ] السَّوْمَ على سَوْمِ أخِيه ، كالخِطْبَةِ على خِطْبَةِ أخِيه ، على ما يأْتِى ، إنْ شاءَ اللهُ . الثَّانيةُ ، سَوْمُ الإجارَةِ كالبَيْعِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » . ذكَرَه عنه فى « الفُروعِ » ، فى آخِرِ التَّصَرُّفِ فى المَبِيعِ . قلتُ : وكذا اسْتِئْجارُه على إجارَةِ أخِيه ، حيثُ قُلْنا بخِيارِ المَجْلِسِ فيها . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » : قلتُ : واسْتِئْجارُه على اسْتِئْجارِ أخِيه ، واقْتِراضُه على اقْتِراضِ أخِيه ، واتِّهابُه على اتِّهابِ أخِيه ، مِثْلُ شِرائِه على شِراءِ أخِيه ، أو شِراؤُه على اتِّهابِه ، أو شِراؤُه على إصْداقِه ، ونحوِ ذلك ، بحيثُ تختَلِفُ جِهَةُ المِلْكِ .

قوله : وفى بَيْعِ الحاضِرِ للبادِى رِوايتَان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ،

المقنع

سِلْعَتِهِ ، بِسِعْرِ يَوْمِهَا ، جَاهِلًا بِسِعْرِهَا ، وَيَقْصِدَهُ الْحَاضِرُ ، وَيَكُونَ بِالنَّاسِ حَاجَةٌ إِلَيْهَا . فَإِنِ اخْتَلَّ شَرْطٌ مِنْهَا ، صَحَّ الْبَيْعُ .

الشرح الكبير

سِلْعَتِه ، بسِعْرِ يَوْمِها ، جاهِلًا بسِعْرِها ، ويَقْصِدَه الحاضِرُ ، وبالنّاسِ حاجَةٌ إليها . فإن اخْتَلَّ شَرْطٌ منها ، صَحَّ البَيْعُ) [٢٤٦/٣و] البَادِى هٰهُنا مَنْ يَدْخُلُ البَلَدَ مِن غيرِ أَهْلِها ، سواءٌ كان بَدَوِيًّا ، أو مِن قَرْيَةٍ ، أو مِن بَلْدَةٍ أُخْرَى . ولا يَجُوزُ أنْ يَبِيعَ الحاضِرُ للبادِى ؛ لقَوْلِ ابنِ عباسٍ : نَهَى النَّبِىُّ ﷺ أنْ تُتَلَقَّى الرُّكْبَانُ ، وأَنْ يَبِيعَ حاضِرٌ لِبادٍ . قال : فَقُلْتُ لابنِ عباسٍ : ما قَوْلُه : « حاضِرٌ لِبادٍ ؟ » قال : لا يكونُ له سِمْسَارًا . مُتَّفَقٌ

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ إحْداهما ، يَحْرُمُ ، ولا يصِحُّ بشُروطِه . وهو المذهبُ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » : حَرُمَ ، وفسَد العَقْدُ ، رَضُوا بذلك أم لا ، فى ظاهِرِ المذهبِ . قال النَّاظِمُ : وهو الأظْهَرُ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، و « الخِرَقِىِّ » ، وهو منها . وقدَّمه فى « الحاوِيَيْن » ، و « الكافِى » . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، يُكْرَهُ ، ويصِحُّ . قدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وعنه ، يَحْرُمُ ، ويصِحُّ . ذكَرَها فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » وغيره . قال الزَّرْكَشِىُّ : وجعَل ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » الصِّحَّةَ على القَوْلِ بزَوالِ النَّهْىِ ، والبُطْلانَ على القَوْلِ ببَقائِه . قال : وليس بشىءٍ ، وإنَّما الرِّوايَتان على القَوْلِ ببَقاءِ النَّهْىِ . انتهى . قلتُ : ما قالَه ابنُ مُنَجَّى قالَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ . والرِّوايَةُ الوارِدَةُ عن أحمدَ تدُلُّ على ذلك ، وبها اسْتَدَلَّا . قال الشَّارِحُ ، بعدَ أنْ قدَّم المذهبَ والنَّهْىَ عنه : ونقَل ابنُ شَاقْلَا ، أنَّ الحَسَنَ بنَ

الشرح الكبير

عليه[1] . وعن جابرٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا يَبِيعُ حَاضِرٌ لبادٍ ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » . رَواهُ مُسْلِمٌ[2] . والمَعْنَى فى ذلك أنّه مَتَى تَرَكَ البَدَوِىَّ يَبِيعُ[3] سِلْعَتَه ، اشْتَراهَا النَّاسُ بِرُخْصٍ ، ويُوَسِّعُ عليهم السِّعْرَ ، وإذا تَوَلَّى الحاضِرُ بَيْعَها ، وامْتَنَعَ مِن بَيْعِها إلَّا بسِعْرِ البَلَدِ ، ضاقَ على أهْلِ البَلَدِ . وقد أشارَ النَّبِىُّ ﷺ فى تَعْلِيلِه إلى هذا . وممَّنْ كَرِهَ بَيْعَ الحاضِرِ للبادِى ؛ طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ ، وابنُ عمرَ ، وأبو هُرَيْرَةَ ، وأنسٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والشَّافِعِىُّ . ونَقَلَ أبو إسحاقَ ابنُ شَاقْلَا ، أنَّ الحَسَنَ بنَ عَلِىٍّ المصرِىَّ سَأَلَ

الإنصاف

علىٌّ المِصْرِىُّ سأَل أحمدَ ، عن بَيْعِ حاضِرٍ لبادٍ ؟ فقال : لا بَأْسَ به . فقال له : الخَبَرُ الذى جاءَ بالنَّهْىِ ؟ قال : كان ذلك مَرَّةً . قال : فظاهِرُ هذا أنَّ النَّهْىَ اخْتَصَّ

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر ... ، وباب النهى عن تلقى الركبان ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب أجر السمسرة ... ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٩٤/٣ ، ٩٥ ، ١٢٠ . ومسلم فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤١/٢ . والنسائى ، فى : باب التلقى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ ، ٢٢٦ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات ، سنن ابن ماجه ٦٣٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٨/١ ، ٢٤٣ ، ٢٥٤ ، ٢٧٤ .

(2) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٥٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٢/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٣١/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٥/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٧/٣ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ .

(3) فى م : « بيع » .

الشرح الكبير

أَحْمَدَ عن بَيْعِ حاضِرٍ لبادٍ ، فقال : لا بَأْسَ به . قال له : فالخَبَرُ الذى جاءَ بالنَّهْىِ ؟ قال : كان ذلك مَرَّةً . فظاهِرُ هذا أنَّ النَّهْىَ اخْتَصَّ بأَوَّلِ الإِسْلَامِ ؛ لِما كان عليهم مِن الضِّيقِ فى ذلك . وهذا قولُ مُجاهِدٍ ، وأبى حَنِيفَةَ ، وأصحابِه . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لعُمُومِ النَّهْىِ ، وما ثَبَت فى حَقِّهِم ثَبَتَ فى حَقِّنَا ، ما لم يَقُمْ على اخْتِصاصِهم به دَلِيلٌ[1] . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنّه يَحْرُمُ بثَلاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يكونَ الحاضِرُ قَصَدَ البادِىَ لِيَتَوَلَّى البَيْعَ له ، فإنْ كان هو القاصِدَ للحاضِرِ ، جازَ ؛ لأَنَّ التَّضْيِيقَ حَصَلَ منه لا مِن الحاضِرِ . الثانى ، أنْ يكونَ البادِى جاهِلًا بالسِّعْرِ . قال أحمدُ فى رِوايَةِ أبى طَالِبٍ : إذا كان البادِى عارِفًا بالسِّعْرِ لم يحرُمْ ؛ لأَنَّ التَّوْسِعَةَ لا تَحْصُلُ بِتَرْكِه يَبِيعُها ؛ لأنَّه لا يَبِيعُها إلَّا بسِعْرِها ظاهِرًا . الثالثُ ، أنْ يكونَ قد جَلَبَ السِّلْعَةَ للبَيْعِ . فأمّا إنْ جَلَبَهَا لِيأْكُلَها ، أو يُخَزِّنَها ، فليس فى بَيْعِ الحاضِرِ له تَضْيِيقٌ ، بل تَوْسِعَةٌ . وذَكَرَ القاضى شَرْطَيْنِ آخرَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنْ يكونَ مُرِيدًا لبَيْعِها بسِعْرِ يَوْمِها . فأمّا إن كانَ أَحْضَرَها وفى

الإنصاف

بأَوَّلِ الإِسْلامِ ؛ لما كان عليهم مِنَ الضِّيقِ فى ذلك . انتهى . فعلى المذهب ، يُشْتَرَطُ لعدَمِ الصِّحَّةِ خَمْسُ شُروطٍ ، كما ذكَرَه المُصَنِّفُ ؛ وهى أنْ يَحْضُرَ البادِى لبَيْعِ سِلْعَتِه بسِعْرِ يَوْمِها ، جاهِلًا بسِعْرِها ، ويَقْصِدَه الحاضِرُ ، ويكونَ بالمُسْلِمِين حاجَةٌ إليها . فاجْتِماعُ هذه الشُّروطِ يُحَرِّمُ البَيعَ ويُبْطِلُه ، على المَذهبِ كما تقدَّم ، فإنِ اخْتَلَّ منها شَرْطٌ ، صحَّ البَيعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . ولم

---

(١) بعده فى م : « وهو مذهب الشافعى » .

الشرح الكبير

نَفْسِه أنْ لا يَبيعَها رَخِيصَةً ، فليس فى بَيْعِه تَضْييقٌ . الثانى ، أنْ يكونَ بالنّاسِ حاجَةٌ إليها وضَرَرٌ فى تَأْخِيرِ بَيْعِها ، كالأقْواتِ ونحوِها . وقال أصحابُ الشّافِعِىّ : إنّما يَحْرُمُ بشُرُوطٍ أرْبَعَةٍ . وهى ما ذَكَرْنا ، إلَّا حاجَةَ الناسِ إليها . فمَتَى اخْتَلَّ شَرْطٌ منها ، لم يَحْرُمِ البَيْعُ . وإنِ اجْتَمَعَتْ هذه الشُّرُوطُ ، فالبَيْعُ حَرَامٌ . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه باطِلٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ إسماعيلَ بنِ سَعِيدٍ . (١)وذَكَرَه الخِرَقِىُّ . وعن أحمدَ(١) رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ النَّهْىَ لمَعْنًى فى

الإنصاف

يَذْكُرِ الإمامُ أحمدُ فى الشُّروطِ ، أنْ يكونَ بالمُسْلِمِين حاجَةٌ إليها .

وقوله : ويَقْصِدَه الحاضِرُ . هذا شَرْطٌ ، لكِنْ يُشْتَرَطُ فيه أنْ يكونَ عارِفًا بالسِّعْرِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، أوْ لا يعْرِفُه .

وقوله : جاهِلًا بسِعْرِها . يعْنِى البادِىَ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يُشْتَرطُ [٢/٦٤و] جَهْلُه بالسِّعْرِ .

وقوله : أنْ يَحْضُرَ البادِى لبَيعِ سِلْعَتِه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، حُكْمُ ما إذا وُجِّه بها البادِى إلى الحاضِرِ ليَبِيعَها له ، حُكْمُ حُضُورِ البادِى لبَيعِها . نقَلَه ابنُ هانِئٍ . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، أخافُ أنْ يكونَ منه . جزَم بهما الخَلَّالُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ لعدَمِ ذِكْرِه له .

وقوله : بسِعْرِ يَوْمِها . زادَ بعضُهم فى هذا الشَّرْطِ ، أنْ يقْصِدَ البَيْعَ بسِعْرِ يَوْمِها حَالًّا لا نَسِيئةً . نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ . ولم يذْكُرِ الخِرَقِىُّ بسِعْرِ يَوْمِها .

(١ - ١) فى م : « وذكر الخرق » .

المقنع وَأَمَّا شِرَاؤُهُ لَهُ ، فَيَصِحُّ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً .

الشرح الكبير غيرِ المَنْهِيِّ عنه ، فلم يبْطُلْ ، كتَلَقِّى الرُّكْبانِ . ولَنا ، أنَّه مَنْهِيٌّ عنه ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفسادَ ، واللهُ أعْلَمُ .

١٥٨٨ - مسألة : [٢٤٦/٣ظ] (فأمَّا شِراؤُه له ، فيَصِحُّ ، رِوايَةً واحدَةً) وهو قولُ الحسنِ . وكَرِهَتْ طائِفَةٌ الشِّراءَ لهم أيضًا ، كما كَرِهَتِ البَيْعَ . فرُوِىَ عن[1] أنسٍ ، قال : كان يُقالُ : هى كَلِمَةٌ جامِعَةٌ ، يقولُ : لا تَبِيعَنَّ له شَيْئًا ، ولا تَبْتاعَنَّ له شَيْئًا[2] . وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مالِكٍ . ولَنا ، أنَّ النَّهْىَ غيرُ مُتَناوِلٍ للشِّراءِ بلَفْظِه ، ولا هو فى مَعْناهُ ، فإنَّ النَّهْىَ عن البَيْعِ للرِّفْقِ بأَهْلِ الحَضَرِ لِيَتَّسِعَ عليهم السِّعْرُ ، ويَزُولَ عنهم الضَّرَرُ ، وليس ذلك فى الشِّراءِ لهم ، إذ لا يَتَضَرَّرُونَ ؛ لعَدَمِ الغَبْنِ للبادِينَ ، بل هو دَفْعُ الضَّرَرِ عنهم ، والخَلْقُ فى نَظَرِ الشَّارِعِ على السَّواءِ ، فكما شَرَعَ ما يَدْفَعُ الضَّرَرَ عن أهْلِ الحَضَرِ ، لا يَلْزَمُ أنْ يَلْزَمَ أهْلَ البَدْوِ الضَّرَرُ . فأمّا إنْ أشارَ الحاضِرُ على البادِى مِن غيرِ أنْ يُباشِرَ البَيْعَ له ، فقد رَخَّصَ فيه طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ ، والأوْزَاعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . وكَرِهَهُ مالِكٌ ، واللَّيْثُ . وقَوْلُ الصَّحابِىِّ أوْلَى .

فصل : وليس للإمَامِ أنْ يُسَعِّرَ على الناسِ ، بل يَبِيعُ النّاسُ أمْوَالَهم على ما يَخْتارُونَ . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وكان مالِكٌ يقولُ : يُقالُ لمَن

الإنصاف قوله: وأمَّا شِراؤُه له، فيَصِحُّ، رِوايَةً واحِدَةً. وهو المذهبُ، وعليه الأصحابُ.

(١) سقط من : م .
(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٢/٢ .

الشرح الكبير

يُرِيدُ أنْ يَبِيعَ أقلَّ ما يَبِيعُ النَّاسُ : بِعْ كما يَبِيعُ النّاسُ ، وإلَّا فاخْرُجْ عنَّا . واحْتَجَّ بما رَوَى الشّافِعِىُّ ، وسَعِيدُ بنُ مَنْصُورٍ ، عن داودَ بنِ صالِحٍ التَّمّارِ ، عن القاسِمِ بنِ محمدٍ ، عن عمرَ ، أنّه مَرَّ بحاطِبٍ[1] فى سوقِ المُصَلَّى ، وبينَ يَدَيْه غِرارَتانِ فيهما زَبِيبٌ ، فَسَأَلَه عن سِعْرِهِما ، فَسَعَّرَ له مُدَّيْنِ بكُلِّ دِرْهَمٍ ، فقال له عمرُ : قد حُدِّثْتُ بعِيرٍ مُقْبِلَةٍ مِن الطّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيبًا ، وهم يَعْتَبِرُونَ بسِعْرِكَ ، فَإمَّا أنْ تَرْفَعَ فى السِّعْرِ ، وإمَّا أنْ تُدْخِلَ زَبِيبَكَ ، فتَبِيعَهُ كيفَ شِئْتَ[2] . ولأنَّ فى ذلك إضْرارًا بالناسِ ، إذا زاد [3]تَبِعَهُ أصحابُ المَتاعِ[3] ، وإذا نَقَصَ أَضَرَّ بأصْحابِ المَتاعِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ ، وابنُ ماجَه[4] ، عن أنَسٍ ، قال : غَلَا السِّعْرُ على عَهْدِ رسُولِ اللهِ ﷺ ، فقالوا : يا رَسُولَ اللهِ ، غَلَا السِّعْرُ ، فَسَعِّرْ لَنا .

الإنصاف

ونَقَل ابنُ هانِئٍ ، لا يشْتَرِى له . وتقدَّم أوَّلَ البابِ بَيعُ التَّلْجِئَةِ ، والهازِلِ ، ونحوُهما ،

---

(١) هو حاطب ابن أبى بلتعة صحابى جليل ، شهد بدرًا ، وهو صاحب القصة المشهورة بكتابه إلى المشركين لما أراد النبى أن يغزو مكة ، وبعثه النبى ﷺ إلى المقوقس . توفى سنة ثلاثين فى خلافة عثمان . الإصابة ٤/٢ - ٦ .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، مختصرا ، فى : باب الحكرة والتربص ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٥١/٢ . والبيهقى ، فى : باب التسعير ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٩/٦ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التسعير ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥٣/٦ . وابن ماجه ، فى : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٤١/٢ ، ٧٤٢ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى النهى عن أن يسعر فى المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٤٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦/٣ ، ٢٨٦ .

الشرح الكبير

فقال : « إنَّ اللهَ هُوَ المُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ ، إنِّى لأَرْجُو أنْ أَلْقَى اللهَ ولَيْسَ أحَدٌ يَطْلُبُنِى بمَظْلِمَةٍ ، فى دَمٍ ، ولا مالٍ » . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وعن أبى سَعِيدٍ مِثْلُه(1) . فوَجْهُ الدَّلَالَةِ مِن وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّه لم يُسَعِّرْ ، وقد سَأَلُوه ذلك ، ولو جازَ لأَجابَهُم إليه . الثانى ، أنَّه عَلَّلَ بكَوْنِه مَظْلِمَةً ، والظُّلْمُ حَرَامٌ . ولأنَّه مَالُه ، فلم يَجُزْ مَنْعُه مِن بَيْعِه بما تَرَاضَى عليه المُتَبايِعَانِ ، كما لو اتَّفَقَ الجماعَةُ عليه . والظَّاهِرُ أنَّه سَبَبُ الغَلَاءِ ؛ لأَنَّ الجالِبِينَ إذا بَلَغَهُم ذلك ، لم يَقْدَمُوا بسِلْعَتِهم بَلَدًا يُكْرَهُونَ على بَيْعِها فيه بغيرِ ما يُرِيدُونَ ، ومَن عندَه البِضَاعَةُ يَمْتَنِعُ مِن بَيْعِها ، ويَكْتُمُها ، ويَطْلُبُها المحتاجُ إليها ، ولا يَجِدُها إلَّا قَلِيلًا ، فيَرْفَعُ فى ثَمَنِها ليُحَصِّلَهَا ، فتَغْلُو الأَسْعارُ ، ويَحْصُلُ الإِضْرارُ بالجَانِبَيْنِ ، جانِبِ المُلَّاكِ فى مَنْعِهِم من بَيْعِ أَمْلَاكِهِم ، [247/3و] ، وجانِبِ المُشْتَرِى فى مَنْعِه مِن الوُصُولِ إلى غَرَضِه ، فيكونُ حَرَامًا . فأمّا حَدِيثُ عمرَ ، فقد رَوَى فيه سعيدٌ ، والشافعىُّ ، أنَّ عمرَ لَمَّا رَجَعَ حاسَبَ نَفْسَهُ ، ثم أَتَى حاطِبًا فى دَارِه ، فقال : إنَّ الذى قلتُ لك ليس بعَزِيمَةٍ مِنِّى ، ولا قَضاءٍ ، وإنَّما هو شىءٌ أَرَدْتُ به الخَيْرَ لأَهْلِ البَلَدِ ، فحيثُ شِئْتَ فبِعْ كيف شِئْتَ .

الإنصاف

فليُعاوَدْ .

فائدة : الصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه ، أنَّ النَّهْىَ فى

(1) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه 742/2 . والإمام أحمد ، فى : المسند 85/3 .

المقنع

وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِنَسِيئَةٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَهَا نَقْدًا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ تَغَيَّرَتْ صِفَتُهَا . وَإِنِ اشْتَرَاهَا أَبُوهُ أَوِ ابْنُهُ ، جَازَ .

الشرح الكبير

وهذا رُجُوعٌ إلى ما قُلْنا . وما ذَكَرُوه مِن الضَّرَرِ مَوْجُودٌ فيما إذا باعَ فى بَيْتِه ، ولا يُمْنَعُ منه .

١٥٨٩ – مسألة : (ومَن باعَ سِلْعَةً بنَسِيئَةٍ ، لم يَجُزْ أنْ يَشْتَرِيَها بأقَلَّ مِمّا باعَها نقدًا[1] ، إلَّا أنْ تكونَ قد تَغَيَّرَتْ صِفَتُها . وإنِ اشْتَرَاها أبوه أو ابنُه ، جازَ) مَن باعَ سِلْعَةً بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، ثم اشْتَرَاها بأقَلَّ منه نَقْدًا ، لم يَجُزْ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عَبّاسٍ ، وعائِشَةَ ، والحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، ومالِكٌ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وأجازَهُ الشافِعِىُّ ؛ لأنَّه ثمَنٌ يَجوزُ بَيْعُها به مِن غيرِ بائِعِها ، فجازَ مِن بائِعِها ، كما لو باعَها بمِثْلِ ثَمَنِها . ولَنا ، ما رَوَى غُنْدَرٌ ، عن شُعْبَةَ ، عن أبى إسحاقَ السَّبِيعِىِّ ، عن امْرَأتِه العالِيَةِ بنتِ أَيْفَعَ بنِ شُرَحْبِيل ، أنَّها قالت : دَخَلْتُ أنا وأُمُّ ولَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ وامْرَأَتُه

الإنصاف

هذه المَسْأَلةِ باقٍ . وعنه ، زَوالُه . وقال : كان ذلك مَرَّةً ، والتَّفْريعُ على الأَوَّلِ .

قوله : ومَن باعَ سِلْعَةً بنَسِيئَةٍ ، لم يَجُزْ أنْ يَشْتَرِيَها بأَقَلَّ ممَّا باعَها نَقْدًا ، إلَّا أنْ تكونَ قد تغَيَّرَتْ صِفَتُها . هذه مَسْأَلةُ العِينَةِ ، وفِعْلُها مُحَرَّمٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وعندَ أبِى الخَطَّابِ ، يَحْرُمُ اسْتِحْسانًا ، ويجوزُ قِياسًا . وكذا قال فى « التَّرْغيبِ » : لم يَجُزِ اسْتِحْسانًا . وفى كلامِ القاضى وأصحابِه ، القِياسُ صِحَّةُ البَيعِ . قال فى « الفُروعِ » : ومُرادُهم ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

على عائِشَةَ ، فقالت أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ : إنِّى بعْتُ غُلامًا مِن زَيْدِ بنِ أرْقَمَ بثمانمائةِ دِرْهَمٍ إلى العطاءِ ، ثم اشْتَرَيْتُه منه بستِّمائةِ دِرْهَمٍ . فقالت لها : بِئْسَ ما شَرَيْتِ ، وبِئْسَ ما اشْتَرَيْتِ ، أبْلِغِى زَيْدَ بنَ أَرْقَمَ أنَّه قد أبْطَلَ جِهادَهُ مع رسُولِ اللهِ ﷺ ، إلَّا أنْ يَتُوبَ . رَواهُ أحمدُ[1] ، وسَعِيدُ بنُ مَنْصُورٍ . والظَّاهِرُ أنَّها لا تَقُولُ مثلَ هذا التَّغْلِيظِ ، وتُقْدِمُ عليه ، إلَّا بتَوْقِيفٍ مِن النبيِّ ﷺ ، فجَرَى مَجْرَى رِوايَتِها ذلك عنه . ولأنَّ ذلك ذَرِيعَةٌ إلى الرِّبَا ، فإنَّه يُدْخِلُ السِّلْعَةَ لِيَسْتَبِيحَ بَيْعَ أَلْفٍ بِخَمْسِمائةٍ إلى أجَلٍ .

الإنصاف

أنَّ[2] القِياسَ خُولِفَ لدَليلٍ راجِحٍ ، فلا خِلافَ إذن فى المَسْألةِ . وحكَى الزَّرْكَشِيُّ بالصِّحَّةِ قَوْلًا . وذكَر الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا ، أنَّه يصِحُّ البَيْعُ الأوَّلُ ، إذا كان [3]بيانًا ، فلا مُواطأةَ[3] ، وإلَّا بَطَلا ، وأنَّه قَوْلُ أحمدَ . قال فى « الفُروعِ » : ويَتوجَّهُ أنَّ مُرادَ مَن أطْلَقَ ، هذا ، إلَّا أنَّه قال فى « الانْتِصارِ » : إذا قصَد بالأوَّلِ الثَّانِيَ ، يَحْرُمُ ، ورُبَّما قُلْنا ببُطْلانِه . وقال أيضًا : يَحْتَمِلُ إذا قصَد ، أنْ لا يَصِحَّا ، وإنْ سَلِمَ ، فالبَيْعُ الأوَّلُ خَلا عن ذَرِيعَةِ الرِّبا .

تنبيه : قوْلُه : لم يَجُزْ أنْ يشْتَرِيَها بأَقَلَّ ممَّا باعَها نَقْدًا . قالَه أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و« الرِّعايَةِ » ، وغيرُهم . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، لا يُشْتَرَطُ فى التَّحْريمِ أنْ يشْتَرِيَها بنَقْدٍ ، بل يَحْرُمُ شِراؤُها ، سَواءٌ كان بنَقْدٍ أو نَسِيئَةً . قال فى « الفُروعِ » :

(1) وأخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يبيع الشىء إلى أجل ... إلخ ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٣٠ ، ٣٣١ .

(2) فى الأصل ، ط : « أنه » . وانظر الفروع ٤/١٦٩ .

(٣ - ٣) فى الفروع ٤/١٧٠ : « بتاتا بلا مواطأة » . ولعله أولى .

الشرح الكبير

وكذلك قال ابنُ عَباسٍ فى مثلِ هذه المسألةِ : أرَى مائةً بِخَمْسِينَ بينَهما حَرِيرَةٌ[1] . يَعْنى خِرْقَةَ حَرِيرٍ جَعَلَاها فى بَيْعِهما ، والذَّرائِعُ مُعْتَبَرَةٌ . فأمّا إنْ باعَها بمثلِ الثَّمَنِ أو أكْثَرَ ، جازَ ؛ لأنَّه لا يكونُ ذَرِيعَةً ، وهذا إذا كانتِ السِّلْعَةُ لم تنقُصْ عن حالَةِ البَيْعِ ، فإنْ نَقَصَتْ ، مثلَ أنْ هَزَلَ العَبْدُ ، أو نَسِيَ صِناعةً[2] ، أو تَخَرَّقَ الثَّوْبُ ، ونحوِه ، جازَ له شِراؤُها بما شاءَ ؛ لأنَّ نَقْصَ الثَّمَنِ لِنَقْصِ المَبِيعِ ، لا للتَّوَسُّلِ إلى الرِّبَا .

فصل : فإنِ اشْتَرَاها بعَرْضٍ ، أو كان بَيْعُها الأوَّلُ بعَرْضٍ ، فاشْتَرَاها بنَقْدٍ ، جازَ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ التَّحْرِيمَ إنَّما كان لشُبْهَةِ الرِّبَا ، ولا رِبًا بينَ الأثْمانِ والعُرُوضِ . فإنْ باعَها بنَقْدٍ ، ثم اشْتَرَاها بنَقْدٍ آخَرَ ،

الإنصاف

إذْ لم يَقُلْه أحمدُ ، والأكثرُ ، بل ولو كان بعدَ حِلِّ أجَلِه . نقَلَه ابنُ القاسِمِ ، وسِنْدِيٌّ .

فوائد ؛ إحْداها ، لو اشْتَراها بعَرْضٍ ، أو كان بَيْعُها الأوَّلُ بعَرْضٍ ، فاشْتَراها بنَقْدٍ ، جازَ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . قال فى « الفُروعِ » : فإنْ كان بغيرِ جِنْسِه ، جازَ . انتهى . وإنْ باعَها بنَقْدٍ ، واشْتَراها بنَقْدٍ آخَرَ ، فقال الأصحابُ : يجوزُ . قالَه [٦٤/٢ظ] المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وفى « الانْتِصارِ » وَجْهٌ ، لا يجوزُ إلَّا إذا كان بعَرْضٍ ، فلا يجوزُ إذا كانا بنَقْدَين مُخْتَلِفَين . واخْتارَه المُصَنِّفُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . الثَّانيةُ ، مِن مَسائلِ العِينَةِ ، لو باعَه شيئًا بثَمَنٍ لم يقْبِضْه ، ذكَرَه القاضى وأصحابُه ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، ثم اشْتراه

---

(١) أخرج عبد الرزاق نحوه ، فى : باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد شراءها بنقد ، من كتاب البيوع . المصنف ١٨٧/٨ .

(٢) فى م : « متاعه » .

الشرح الكبير

فقال أصْحَابُنا : يَجُوزُ ؛ لأَنَّهما جِنْسَانِ لا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ بينهما ، أشْبَهَ ما لو اشْتَرَاها بِعَرْضٍ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَجُوزُ اسْتِحْسانًا ؛ لأنهما كالشيءِ الواحِدِ فى مَعْنَى الثَّمَنِيَّةِ ، ولأَنَّ ذلك يُتَّخَذُ وَسِيلَةً إلى الرِّبا ، فهو كما لو بَاعَها بِجِنْسِ [٢٤٧/٣ظ] الثَّمَنِ الأَوَّلِ . قال شَيْخُنا[١] : وهذا أصَحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ تَعالَى . وهذه المَسألةُ تُسَمَّى مسألةَ العِينَةِ . قال الشاعِرُ[٢] :

أَنَدَّانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَنْبَرِى لَنَا
فَتًى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُه[٣]

ومَعْنَى نَعْتَانُ : أى نَشْتَرِى عِينَةً كما وَصَفْنا . وقد رَوَى أبو داودَ[٤] ، بإسْنادِه ، عن ابنِ عمرَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ ، يقولُ : « إذا تَبَايَعْتُمْ بالْعِينَةِ ، وأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ ، ورَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ ، وتَرَكْتُمُ الجِهَادَ ، سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إلى دِينِكُم » . وهذا وَعِيدٌ يدُلُّ على التَّحْرِيمِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : الْعِينَةُ أنْ يكونَ

الإنصاف

بأقَلَّ ممَّا باعَه نقْدًا ، أو غيرَ نَقْدٍ ، على الخِلافِ المُتَقَدِّمِ ، لم يصِحَّ . الثَّالثةُ ، عَكْسُ العِينَةِ مِثْلُها فى الحُكْمِ ؛ وهى أنْ يَبِيعَ السِّلْعَةَ بثَمَنٍ حالٍّ ، ثم يشْتَرِيَها بأكْثَرَ منه

---

(١) فى : المغنى ٢٦٢/٦ .

(٢) نسبه ابنُ منظور فى اللسان (د ى ن) إلى شمر .

(٣) فى اللسان : « هزت مضاربه » . وندان : نأخذ دَيْنا .

(٤) فى : باب فى النهى عن العينة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٦/٢ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢/٢ ، ٨٤ .

الشرح الكبير

عندَ الرجلِ المَتاعُ ، فلا يَبِيعُه إلَّا بنَسِيئَةٍ ، فإنْ باعَ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ فلا بَأْسَ . وقال : أكْرَهُ للرجلِ أنْ لا يكونَ له تِجارَةٌ غيرَ العِينَةِ ، لا يَبِيعُ بنَقْدٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّما كَرِهَ النَّسِيئَةَ لِمُضارَعَتِه الرِّبَا ، فإنَّ البائِعَ بنَسِيئَةٍ يَقْصِدُ الزِّيادَةَ بالأجَلِ غالِبًا . ويجوزُ أنْ تكونَ العِينَةُ اسْمًا لهذه المسألةِ وللبَيْعِ نَسِيئَةً جميعًا ، لكنَّ البَيْعَ بنَسِيئَةٍ مُباحٌ اتِّفاقًا ، ولا يُكْرَهُ إلَّا أنْ لا يكونَ له تِجارَةٌ غيره .

فصل : فإنْ باعَ سِلْعَةً بنَقْدٍ ، ثم اشْتَراهَا بأكْثَرَ منه نَسِيئَةً ، فقال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ : لا يجُوزُ ، إلَّا أنْ تَتَغَيَّرَ السِّلْعَةُ ؛ لأنَّ ذلك يُتَّخَذُ وَسِيلَةً إلى الرِّبَا ، فهى كَمسْألةِ العِينَةِ . فإنِ اشْتَرَاها بسِلْعَةٍ أُخْرَى ، أو بأقَلَّ مِن ثَمَنِها ، أو بمِثْلِه نَسِيئَةً ، جازَ ؛ لِما ذَكَرْنا فى مسألةِ العِينَةِ . وإنِ اشْتَرَاها بنَقْدٍ آخَرَ بأكْثَرَ من ثَمَنِها ، فهو كمسألةِ العِينَةِ ، على ما ذَكَرْنَا مِن

الإنصاف

نَسِيئَةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . ونقَل أبو داودَ ، يجوزُ بلا حِيلَةٍ . ونقَله المَرُّوذِىُّ ، فى مَن باعَ شيئًا ، ثم وجَدَه يُباعُ ، أيَشْتَرِيه بأقَلَّ ممَّا باعَه ؟ قال : لا ، ولكِنْ بأكْثَرَ لا بأْسَ . قال المُصَنِّفُ : ويحْتَمِلُ أنْ يجوزَ له شِراؤُها بجِنْسِ الثَّمَنِ بأكْثَرَ منه ، إذا لم يَكُنْ مُواطَأةٌ ولا حِيلَةٌ ، بل وقَع اتِّفاقًا مِن غيرِ قَصْدٍ .

قوله : فإنِ اشْتَراها أبُوه أو ابنُه ، جازَ . مُرادُه ، إذا لم يَكُنْ حِيلَةٌ ، فإنْ كان حِيلَةً ، لم يَجُزْ . وكذا يجوزُ له الشِّراءُ مِن غيرِ مُشْتَرِيه ، لا مِن وَكِيلِه . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : بشَرْطِ عدَمِ المُواطَأةِ . انتهى . قلتُ : وهو مُرادُ الأصحابِ .

فائدة : لو احْتاجَ إلى نَقْدٍ ، فاشْتَرى ما يُساوِى مِائَةً بمِائَةٍ وخَمْسين ، فلا بأْسَ .

المقنع وَإِنْ بَاعَ مَايَجْرِى فِيهِ الرِّبَا نَسِيئَةً ، ثُمَّ اشْتَرَى مِنْهُ بِثَمَنِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ جِنْسِهِ ، أَوْ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِهِ نَسِيئَةً ، لَمْ يَجُزْ .

الشرح الكبير الْخِلافِ . قال شَيْخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أنْ يجوزَ[2] له شِراؤُها بجِنْسِ الثَّمَنِ بأكْثَرَ منه ، إذا لم يَكُنْ ذلك عن مُواطَأَةٍ ، ولا حِيلَةٍ ، بل وَقَعَ اتِّفاقًا مِن غيرِ قَصْدٍ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ حِلُّ البَيْعِ ، وإنَّما حُرِّمَ فى مسأَلَةِ العِينَةِ للْأَثَرِ الوارِدِ فيه ، وليس هذا فى مَعْناهُ ؛ لأَنَّ التَّوَسُّلَ بذلك أَكْثَرُ ، فلا يُلْحَقُ به ما دُونَه .

فصل : وفى كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنا : لا يَجُوزُ له أنْ يَشْتَرِىَ . لا يَجُوزُ ذلك لوَكِيلِه ؛ لأَنَّه قائِمٌ مَقامَهُ ، ويَجُوزُ لغَيْرِه مِن النّاسِ ، سواءٌ كان أَبَاه أو ابْنَه أو غيرَهما ؛ لأَنَّه غيرُ البائعِ اشْتَرَى لنَفْسِهِ ، أَشْبَهَ الأَجْنَبِىَّ .

١٥٩٠ – مسأَلة: (وإنْ باعَ ما يَجْرِى فيه الرِّبَا نَسِيئةً[3]، ثم اشْتَرى منه بثَمَنِه قبلَ قَبْضِه مِن جِنْسِه ، أو ما لا يجوزُ بَيْعُه به نَسِيئَةً ، لم يَجُزْ)

الإنصاف نصَّ عليه ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وهى مَسْأَلةُ التَّوَرُّقِ . وعنه ، يُكْرَهُ . وعنه ، يَحْرُمُ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . فإنْ باعَه لمَنِ اشْتَرى منه ، لم يجُزْ ، وهى العِينَةُ . نصَّ عليه .

قوله : وإنْ باعَ ما يجْرِى فيه الرِّبا نَسِيئَةً ، ثم اشْتَرَى منه بثَمَنِه قبلَ قَبْضِه مِن جِنْسِه ، أو ما لا يجوزُ بَيْعُه به نَسِيئَةً ، لم يجُزْ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . واخْتارَ المُصَنِّفُ الصِّحَّةَ مُطْلَقًا ، إذا لم يَكُنْ حِيلَةٌ . وقال : قِياسُ مَسْأَلةِ العِينَةِ أخْذُ غَيْرِ جِنْسِه . واخْتارَه فى « الفائقِ » . واخْتارَ

---

(١) فى : المغنى ٦/٢٦٣ .

(٢) فى م : « يكون » .

(٣) فى الأصل، م : « بنسيئة » .

الشرح الكبير

رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وطاوُسٍ . وبه قال مالِكٌ ، وإسحاقُ . وأجازَهُ جابرُ بنُ زَيْدٍ ، وسَعِيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، وعَلِيُّ بنُ حُسَيْنٍ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأَصْحابُ الرَّأْىِ . وقال عَلِيُّ بنُ حُسَيْنٍ : إذا لم يكُنْ لك فى ذلك رَأْىٌ . ورَوَى محمدُ بنُ عبدِ اللهِ ابنُ أبى مَرْيَمَ ، قال : بِعْتُ تَمْرًا مِن التَّمّارِينَ ، كُلَّ سَبْعَةِ آصُعٍ بدِرْهَمٍ ، ثم وَجَدْتُ عندَ رَجُلٍ منهم تَمْرًا يَبِيعُه أَرْبَعَةَ آصُعٍ بدِرْهَمٍ ، فاشْتَرَيْتُ منه ، فَسَأَلْتُ عِكْرِمَةَ عن ذلك ، [٢٤٨/٣و] فقال : لا بَأْسَ ، أَخَذْتَ أَنْقَصَ مِمَّا بِعْتَ . ثم سَأَلْتُ سَعِيدَ بنَ المُسَيَّبِ عن ذلك ، وأَخْبَرْتُه بقَوْلِ عِكْرِمَةَ ، فقال : كَذَبَ ، قال عبدُ اللهِ بنُ عَباسٍ : ما بِعْتَ مِن شيءٍ مِمّا يُكالُ بمِكْيالٍ ، فلا تَأْخُذْ منه شَيْئًا مِمّا يُكالُ بمِكْيالٍ إلَّا وَرِقًا أو ذَهَبًا ، فإذا أَخَذْتَ ذلك فابْتَعْ مِمَّن شِئْتَ منه أو مِن غيرِه . فرَجَعْتُ ، فإذا عِكْرِمَةُ قد طَلَبَنِى ، فقال : الذى قُلْتُ لَكَ هو حَلالٌ هو حَرامٌ . فقُلْتُ لسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ :

الإنصاف

الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ الصِّحَّةَ ، إذا كان ثَمَّ حاجَةٌ ، وإلَّا فلا .

تنبيه : شَمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ مَسْأَلَتَيْن ؛ إحْداهما ، أنْ يبِيعَه كَيْلَ بُرٍّ إلى شَهْرٍ بمِائَةٍ ، ثم يَشْتَرِىَ بثَمَنِه بعدَ اسْتِحْقاقِه منه بُرًّا ، فلا يجوزُ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : قالَه أصحابُنا . ونصَّ عليه . الثَّانيةُ ، أنْ يأْخُذَ بالثَّمَنِ منه شَعِيرًا أو غيرَه ممَّا يجْرِى فيه الرِّبا نَسِيئَةً ، فلا يجوزُ .

فوائد ؛ يحْرُمُ التَّسْعِيرُ ، ويُكْرَهُ الشِّراءُ به . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وإنْ هُدِّدَ مَن خالَفَه ، حَرُمَ ، وبطَلَ العَقْدُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحَه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وقيل :

الشرح الكبير

إنْ فَضَلَ لى عندَه فَضْلٌ ، قال : فأعْطِهِ أنْتَ الكَسْرَ ، وخُذْ منه الدَّرَاهِمَ . ووَجْهُ تَحْرِيمِ ذلك ، أنَّه ذَرِيعَةٌ إلى بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ نَسِيئَةً ، فحَرُمَ كمسألةِ العِينَةِ . وقد نَصَّ أحمدُ على ما يَدُلُّ على هذا . قال شيخُنا[1] : والذى يَقْوَى عندى جَوازُ ذلك إذا لم يَفْعَلْه حِيلَةً ، ولا قَصَدَ ذلك فى ابْتِداءِ العَقْدِ ، كما قال علىُّ بنُ الحُسَيْنِ ، فيما رَوَى عنه عبدُ اللهِ بنُ زَيْدٍ[2] ، قال : قَدِمْتُ على عَلِىِّ بنِ الحُسَيْنِ ، فقُلْتُ له : إنِّى أجُذُّ نَخْلِى وأَبِيعُ مِمَّن[3] حَضَرَنِى التَّمْرَ[4] إلى أجَلٍ ، فيَقْدَمُونَ بالحِنْطَةِ ، وقد حَلَّ الأجَلُ ، فيُوقِفُونَها بالسُّوقِ ، فأبْتَاعُ منهم وأُقاصُّهم . قال : لا بَأْسَ بذلك إذا لم يكُنْ منك على رَأْىٍ . وذلك لأنَّه اشْتَرَى الطَّعامَ بالدَّرَاهِمِ التى فى الذِّمَّةِ بعدَ لُزومِ العَقْدِ الأوَّلِ ، فَصَحَّ ، كما لو كانَ المَبِيعُ الأوَّلُ حَيَوانًا أو

الإنصاف

لا يَبْطُلُ العَقْدُ . مَأْخَذُهما ، هل الوَعِيدُ إكْراهٌ أم لا ؟ ويَحْرُمُ قوْلُه : بِعْ كالنَّاسِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفيه وَجْهٌ ، لا يَحْرُمُ . وأوْجَبَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ إلْزامَهم [٦٥/٢و] المُعاوَضَةَ بمِثْلِ الثَّمَنِ . وقال : لا نِزاعَ فيه ؛ لأنَّها مَصْلَحَةٌ عامَّةٌ لحَقِّ اللهِ تعالَى . وكَرِهَ الإمامُ أحمدُ البَيْعَ والشِّراءَ مِن مَكانٍ أُلْزِمَ النَّاسُ بهما فيه ، لا الشِّراءَ مِمَّن اشْتَرَى منه ، وكَرِه أيضًا الشِّراءَ بلا حاجةٍ مِن جالِسٍ على الطَّرِيقِ ، ومِن بائعٍ مُضْطَرٍّ ونحوِه . قال فى « المُنْتَخَبِ » : لبَيْعِه بدُونِ ثَمَنِه . ويَحْرُمُ الاحْتِكارُ فى قُوتِ الآدَمِىِّ فقط . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه .

---

(١) فى : المغنى ٦/٢٦٤ .

(٢) فى ق : « زبيد » .

(٣) فى م : « فيمن » .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

ثِيابًا ، ولِما ذَكَرْنا فى الفَصْلِ الذى قَبْلَ هذا . فإنْ لم يَأْخُذْ بالثَّمَنِ طَعامًا ، لكن اشْتَرَى مِّن المُشْتَرِى طَعامًا بدَراهِمَ وسَلَّمَها إليه ، ثم أخَذَها منه وَفاءً ، أو لم يُسَلِّمْها إليه ، لكنْ قاصَّه بها ، جازَ ، كما فى حَديثِ عَلِىِّ بنِ الحُسَيْنِ .

فصل : والاحْتِكارُ حَرامٌ ؛ لِما رَوَى أبو أُمامَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، نَهَى أنْ يُحْتَكَرَ الطَّعامُ[1] . وعن سَعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنِ احْتَكَرَ فهو خاطِئٌ »[2] . رَواهُما الأثْرَمُ . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « الجالِبُ مَرْزُوقٌ ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ »[3] . والاحْتِكارُ المُحَرَّمُ ما جَمَعَ ثلاثَةَ شُرُوطٍ ؛ أحَدُها ، أنْ يَشْتَرِىَ . فلو جَلَبَ شيْئًا ،

الإنصاف

وقيل : لا يَحْرُمُ . وعنه ، يَحْرُمُ أيضًا فيما يأْكُلُه النَّاسُ . وعنه ، أو يضُرُّهم ادِّخارُه بشِرائِه فى ضِيقٍ . وقال المُصَنِّفُ : مِن بَلَدِه لا جالِبًا . والأوَّلُ قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقالَه القاضى وغيرُه . ويصِحُّ شِراءُ مُحْتَكِرٍ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفى « التَّرْغيبِ » احْتِمالٌ بعدَمِ الصِّحَّةِ . وفى كَراهَةِ التِّجارَةِ فى الطَّعامِ

---

(1) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الاحتكار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٣٠ . والحاكم ، فى : باب لا يحتكر إلا خاطئ ، من كتاب البيوع . مستدرك الحاكم ٢/١١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى احتكار الطعام ، من كتاب البيوع . المصنف ٦/١٠٢ .

(2) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الاحتكار فى الأقوات ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢٧ ، ١٢٢٨ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى عن الحكرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الاحتكار ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٠ . وابن ماجه ، فى : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٤٨ ، ٢٤٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٦/٤٠٠ .

(3) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الحكرة والجلب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الاحتكار ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٤٩ .

الشرح الكبير

أو أدْخَلَ عليه مِن غَلَّتِه شَيْئًا ، فادَّخَرَه ، لم يكُنْ مُحْتَكِرًا . رُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، ومالِكٍ . قال الأوْزَاعِىُّ : الجالِبُ ليس بمُحْتَكِرٍ ؛ لقَوْلِه : « الجالِبُ مَرْزُوقٌ ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » . ولأنَّ الجالِبَ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ ، ولا يَضُرُّ ، بل يَنْفَعُ ، فإنَّ النَّاسَ إذا عَلِمُوا عِنْدَه طَعامًا مُعَدًّا للبَيْعِ ، كان أطْيَبَ لقُلُوبِهم . الثانى ، أنْ يكونَ قُوتًا . فأمَّا الإِدامُ والعَسَلُ والزَّيْتُ وعَلَفُ البَهائِمِ ، فليس احْتِكارُه بمُحَرَّمٍ . قال الأثْرَمُ : سُئِلَ أبو عبدِ اللهِ ، عن أىِّ شىءٍ الاحْتِكارُ ؟ قال : إذا كان مِن قُوتِ النّاسِ ، فهذا الذى يُكْرَهُ . وهذا قولُ عبدِ اللهِ بنِ عَمْرٍو . وكان سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ[(١)] . وهو رَاوِى حديثِ الاحْتِكارِ . قال أبو داودَ : وكان يَحْتَكِرُ النَّوَى والخَيْطَ والبَزْرَ . ولأنَّ هذه الأشْياءَ لا تَعُمُّ الحاجَةُ إليها ، أشْبَهَتِ الثِّيابَ والحَيَوانَ . الثالثُ ، أنْ يُضَيِّقَ على النَّاسِ بشِرائِه . ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بأمْرَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنْ يكونَ فى بَلَدٍ [٢٤٨/٣ظ] يُضَيِّقُ بأهْلِه الاحْتِكارُ ، كالحَرَمَيْنِ ، والثُّغُورِ . قاله أحمدُ . فظاهِرُ هذا أنَّ البِلادَ الواسِعَةَ الكَبِيرَةَ ؛ كبَغْدَادَ ، والبَصْرَةِ ، ومِصْرَ ، ونَحْوِها ، لا يَحْرُمُ فيها الاحْتِكَارُ ؛ لأنَّ ذلك لا يُؤَثِّرُ فيها غالِبًا . الثّانى ، أنْ يكونَ فى حالِ الضِّيقِ ،

الإنصاف

إذا لم يُرِدِ الحُكْرَةَ ، رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ومَن جلَب شيئًا ، أو اسْتغَلَّه مِن مِلْكِه ، أو ممَّا اسْتَأْجَرَه ، أو اشْتَراه زمَنَ الرُّخْصِ ، ولم يُضَيِّقْ على النَّاسِ إذَنْ ، أو اشْتَراه مِن بَلَدٍ كبيرٍ ، كبَغْدادَ والبَصْرَةِ ومِصْرَ ونحوِها ، فله حَبْسُه حتى يغْلُوَ ، وليس مُحْتَكِرًا ، نصَّ عليه ، وتَرْكُ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الحكرة ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٣/٨ .

الشرح الكبير

بأَنْ يَدْخُلَ البَلَدَ قافِلَةٌ فيَتَبادَرُ ذَوُو الأَمْوالِ فَيَشْتَرُونَها ، ويُضَيِّقُونَ على النّاسِ . وأمّا إنِ اشْتَرَاهُ فى حالِ الاتِّسَاعِ والرُّخْصِ على وَجْهٍ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ ، لم يَحْرُمْ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ الإشْهادُ فى البَيْعِ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾[1] . وأقَلُّ أحْوالِ الأَمْرِ النَّدْبُ . ولأنَّه أقْطَعُ للنِّزاعِ ، وأبْعَدُ مِن التَّجاحُدِ . ويَخْتَصُّ ذلك ما له خَطَرٌ ، فأمَّا ما لا خَطَرَ له ، كَحوائِجِ البَقّالِ والعَطَّارِ وشِبْهِها ، فلا يُسْتَحَبُّ ذلك فيها ؛ لأنَّها تكْثُرُ ، فيَشُقُّ الإشْهادُ عليها ، وتَقْبُحُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها والتَّرافُعُ إلى الحاكِمِ ، بخِلافِ الكَثِيرِ . وليس ذلك بواجِبٍ فى واحِدٍ منها ، ولا شَرْطًا له . رُوِىَ ذلك عن أبى سَعِيدٍ الخُدْرِىِّ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وإسحاقَ . وقال قَوْمٌ : هو فَرْضٌ لا يَجُوزُ تَرْكُه . رُوِىَ ذلك عن ابنِ

الإنصاف

ادِّخارِه لذلك أوْلَى . انتهى . وقال القاضى : يُكْرَهُ إنْ تربَّصَ به السِّعْرَ ، لا جالِبًا بسِعْرِ يَوْمِه . نقَل عبدُ اللهِ وحَنْبَلٌ ، الجالِبُ أحْسَنُ حالًا ، وأرْجُو أنْ لا بَأْسَ ، ما لم يَحْتكِرْ . وقال : لا يَنْبَغِى أنْ يتَمَنَّى الغَلاءَ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : يُكْرَهُ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ويُجْبَرُ المُحْتَكِرُ على بَيْعِه كما يَبِيعُ النَّاسُ ، فإنْ أبَى ، وخِيفَ التَّلَفُ ، فرَّقَه الإمامُ ، ويَرُدُّون مِثْلَه . قال فى « الفُروعِ » : ويتوجَّهُ ، قِيمَتُه . قلتُ : وهو قَوِىٌّ . وكذا سِلاحٌ لحاجَةٍ . قالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قلتُ : وأوْلَى . ولا يُكْرَهُ ادِّخارُ قُوتٍ لأَهْلِه ودَوابِّه . نصَّ عليه . ونقَل جَعْفَرٌ ، سَنَةً وسَنتَيْن ، ولا يَنْوِى التِّجارَةَ ، فأَرْجُو أنْ لا يُضَيِّقَ . ومَن ضَمِنَ مَكانًا ليَبِيعَ فيه ويشْتَرِىَ وحدَه ،

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .

الشرح الكبير

عَبّاسٍ ، ومِمَّن رَأى الإشْهادَ فى البَيْعِ ؛ عَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ، والنَّخَعِىُّ ؛ لظاهِرِ الأمْرِ ، (1)وقِياسًا(1) على النِّكَاحِ . ولَنا ، قولُه تعالَى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُ ﴾(2) . قال أبو سَعِيدٍ : صارَ الأمْرُ إلى الأمانَةِ . وتَلا هذه الآيَةَ . ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ اشْتَرَى مِن يَهُودِىٍّ طَعامًا ، ورَهَنَه دِرْعَه(3) ، ومِن رَجُلٍ سَراوِيلَ(4) ، ومِن أعْرابىٍّ فَرَسًا ، فَجَحَدَه الأعْرابىُّ حتى شَهِدَ له خُزَيْمَةُ بنُ ثابتٍ(5) . ولم يُنْقَلْ أنَّهُ أشْهَدَ فى شىءٍ مِن ذلك ، وكان الصَّحابَةُ يَتَبايَعُونَ فى عَصْرِه فى الأسْواقِ ، فلم يَأْمُرْهُم بالإشْهادِ ، ولا نُقِلَ عنهم فِعْلُه ، ولم يُنْكِرْ عليهم النَّبىُّ ﷺ . ولو كانُوا يُشْهِدُونَ فى كُلِّ بِياعَاتِهم لنُقِلَ . وقد أمَرَ النَّبىُّ ﷺ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ البارِقِىَّ أنْ يَشْتَرِىَ له أُضْحِيَةً(6) . ولم يَأْمُرْه بالإشْهادِ .

الإنصاف

كُرِهَ الشِّراءُ منه بلا حاجَةٍ ، ويَحْرُمُ عليه أخْذُ زِيادةٍ بلا حَقٍّ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ .

(1 - 1) فى م : « قياسا » .

(2) سورة البقرة 283 .

(3) تقدم تخريجهما فى صفحة 87 .

(4) أخرجه أبو داود ، والترمذى ، والنسائى ، والدارمى ، فى : باب الرجحان فى الوزن ، من كتاب البيوع سنن أبى داود 2/220 ، عارضة الأحوذى 6/39 ، المجتبى 7/250 ، سنن الدارمى 2/260 . كما أخرجه ابن ماجه ، فى الباب نفسه ، من كتاب التجارات ، وفى : باب لبس السراويل ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه 2/748 ، 1185 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4/352 .

(5) أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود 2/276 ، 277 . والنسائى ، فى : باب التسهيل فى ترك الإشهاد على البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى 7/265 ، 266 . والإمام أحمد ، فى : المسند 5/215 ، 216 .

(6) تقدم تخريجه فى صفحة 56 .

الشرح الكبير

ولأنَّ المُبايَعَةَ تكْثُرُ بينَ الناسِ فى أسْواقِهِم وغيرِها ، فلو وَجَبَ الإشْهادُ فى كُلِّ ما يَتَبايَعُونَه ، أفْضَى إلى الحَرَجِ المَحْطُوطِ عَنّا بقَوْلِه تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[1] . والآيَةُ المرادُ بها الإرْشادُ إلى حِفْظِ الأمْوَالِ والتَّعْلِيمُ ، كما أمَرَ بالرَّهْنِ والكاتِبِ ، وليس بواجِبٍ ، وهذا ظاهِرٌ إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويُكْرَهُ البَيْعُ والشِّراءُ فى المَسْجِدِ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « إذا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أو يَبْتاعُ فى المَسْجِدِ ، فقُولُوا : لا أرْبَحَ اللهُ تِجارَتَكَ » . رَواهُ التِّرْمِذِىُّ[2] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وقال قومٌ : لا بَأْسَ به . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ للحَدِيثِ المَذْكُورِ . فإنْ باعَ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه تَمَّ بأرْكَانِه وشُرُوطِه ، ولم يَثْبُتْ وُجودُ مُفْسِدٍ له ، وكَراهَةُ ذلك لا تُوجِبُ الفَسَادَ ، كالغِشِّ فى البَيْعِ والتَّدْلِيسِ والتَّصْرِيَةِ . وفى قولِ النَّبِىِّ ﷺ : [٢٤٩/٣و] « قُولُوا : لا أرْبَحَ اللهُ تِجارَتَكَ » . مِن غيرِ إخْبارٍ بفَسَادِ البَيْعِ دَلِيلٌ على صِحَّتِه . واللهُ أعْلَمُ .

(١) سورة الحج ٧٨ .

(٢) فى : باب النهى عن البيع فى المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦١/٦ . والدارمى ، فى : باب النهى عن استنشاد الضالة فى المسجد ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ٣٢٦/١ .



المقنع

بَابُ الشُّرُوطِ فِى الْبَيْعِ

[٩٤ظ] وَهِىَ ضَرْبَانِ ؛ صَحِيحٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، شَرْطُ مُقْتَضَى الْبَيْعِ ؛ كَالتَّقَابُضِ ، وَحُلُولِ الثَّمَنِ ، وَنَحْوِهِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ . الثَّانِى ، شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ ، كَاشْتِرَاطِ صِفَةٍ فِى الثَّمَنِ ، كَتَأْجِيلِهِ ، أَوِ الرَّهْنِ ، أَوِ الضَّمِينِ بِهِ ، أَوْ صِفَةٍ فِى

الشرح الكبير

بابُ الشُّرُوطِ فى البَيْعِ

(وهى ضَرْبان ؛ صَحِيحٌ ، وهو ثَلاثَةُ أَنْواعٍ ؛ أحَدُها ، شَرْطُ مُقْتَضَى البَيْعِ ، كالتَّقَابُضِ ، وحُلُولِ الثَّمَنِ ونحوِه ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِيهِ) لأَنَّه بَيَانٌ وتأْكِيدٌ لمُقْتَضَى العَقْدِ ، فوُجُودُه كعَدَمِه . (الثانى ، شَرْطٌ مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، كاشْتِرَاطِ صِفَةٍ فى الثَّمَنِ ، كتَأْجِيله ، أو الرَّهْنِ ، أو الضَّمِينِ) والشَّهادَةِ (أو صِفَةٍ فى المَبِيعِ) مَقْصُودَةٍ (نَحْوَ كَوْنِ العَبْدِ كاتِبًا ، أو

الإنصاف

بابُ الشُّرُوطِ فى البَيْعِ

تنبيه : قوْلُه : وهى ضَرْبان ؛ صَحِيحٌ ، وهو ثَلاثة أنْوَاعٍ ؛ أحَدُها ، شرْطُ مُقْتَضَى البَيْعِ ، كالتَّقابُضِ وحُلُولِ الثَّمَنِ ، ونَحْوِه . بلانِزاعٍ . ويأْتِى ، لو جمَع بينَ شَرْطَيْن مِن هذا .

قوله : الثَّانى ، شرْطٌ مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ، كاشْتِرَاطِ صِفَةٍ فى الثَّمَنِ ، كتَأْجِيله ، أو الرَّهْنِ ، أو الضَّمِينِ به ، أو صِفَةٍ فى المَبِيعِ ؛ نحوَ كونِ العَبْدِ كاتِبًا ، أو خَصِيًّا ،

المقنع

الْمَبِيعِ ؛ نَحْوَ كَوْنِ الْعَبْدِ كَاتِبًا ، أَوْ خَصِيًّا ، أَوْ صَانِعًا ، أَوْ مُسْلِمًا ، وَالْأَمَةِ بِكْرًا ، وَالدَّابَّةِ هِمْلَاجَةً ، وَالْفَهْدِ صَيُودًا ، فَيَصِحُّ . فَإِنْ وَفَّى بِهِ ، وَإِلَّا فَلِصَاحِبِهِ الْفَسْخُ .

الشرح الكبير

خصِيًّا[1] ، أو صانِعًا ، أو مُسْلِمًا ، والأَمَةِ بِكْرًا ، والدَّابَّةِ هِمْلَاجَةً[2] ، والفَهْدِ صَيُودًا) فهو شَرْطٌ صَحِيحٌ يَلْزَمُ الوَفاءُ به ، فإنْ لم يَفِ به ، فللمُشْتَرِى الفَسْخُ والرُّجُوعُ بالثَّمَنِ ، أو الرِّضَا به ؛ لأنَّه شَرَطَ وَصْفًا مَرْغُوبًا فيه ، فصَارَ الشَّرْطُ مُسْتَحَقًّا ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عند شُرُوطِهم »[3] . ولا نَعْلَمُ فى صِحَّةِ هذَيْنِ القِسْمَيْنِ خِلافًا .

الإنصاف

أو صانِعًا ، أو مُسْلِمًا ، والأَمَةِ بِكْرًا ، والدَّابَّةِ هِمْلاجَةً ، والفَهْدِ صَيُودًا ، فيَصِحُّ – الشَّرْطُ بلا نِزاعٍ – فإنْ وفَى به – يَعْنِى ، فى جميعِ ما تقدَّم – وإلَّا فلصاحِبِه الفَسْخُ . يعْنِى ، إذا لم يتعَذَّرِ الرَّدُّ ، فأمَّا إنْ تعذَّرَ الرَّدُّ ، تعيَّنَ له الأَرْشُ ، وإنْ لم يتعَذَّرِ الرَّدُّ ، فظاهِرُ كلامِه ، أنَّه ليس له إلَّا الفَسْخُ لا غيرُ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ فى الرَّهْنِ : وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وأبى الخَطَّابِ ، وصاحِبِ « التَّلْخيصِ » فيه ، والسَّامَرِّىِّ ، وأبى محمدٍ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ [٢/٦٥ظ] ، أنَّ له الفَسْخَ ، أو أرْشَ فَقْدِ الصِّفَةِ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ وغيرُه . قال الزَّرْكَشِىُّ : ويُحْكَى عن ابنِ عَقِيلٍ فى « العُمْدَةِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) فى م : « خطيبًا » .

(٢) حسنة السير .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٤٩/١٠ .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَهَا ثَيِّبًا كَافِرَةً ، فَبَانَتْ بِكْرًا مُسْلِمَةً ، فَلَا فَسْخَ لَهُ .

الشرح الكبير

١٥٩١ – مسألة : (فإن شَرَطَهَا ثَيِّبًا كافرةً ، فبانَتْ بِكْرًا مُسْلِمَةً ، فلا فَسْخَ له) لأنَّه زادَه خَيْرًا ، ولأنَّ[1] ذلك يَزِيدُ فى الثَّمَنِ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَه غيرَ صانِعٍ ، فبانَ صانِعًا . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ فى البِكْرِ ، واخْتِيارُ

الإنصاف

و « الفائقِ » . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِىُّ . وكذا حُكْمُ سائرِ هذا النَّوْعِ فى هذه المَسائلِ الآتيَةِ ، حيث صَحَّحْنا الشَّرْطَ ، وفُقِدَ .

تنبيه : قوْلُه : أو الرَّهْنُ أو الضَّمِينُ به . مِن شَرْطِ صِحَّتِه ، أنْ يكُونا مُعَيَّنَيْن ، فإنْ لم يُعَيِّنْهما ، لم يصِحَّ ، وليسَ له طَلَبُهما بعدَ العَقْدِ لمَصْلَحَةٍ ، ويُلْزَمُ بتَسْليم رَهْنِ المُعَيَّنِ ، إنْ قيلَ : يُلْزَمُ بالعَقْدِ . وفى « المُنْتَخَبِ » : هل يَبْطُلُ بَيْعٌ ببُطْلانِ رَهْنٍ فيه كجَهالَةِ الثَّمَنِ ، أم لا ، كمَهْرٍ فى نِكاحٍ ؟ فيه احْتِمالان .

فائدة : ومِنَ الشُّروطِ الصَّحيحَةِ أيضًا ، لو شرَطَها تَحِيضُ ، أو شرَط الدَّابَّةَ لَبُونًا ، أو الأَرْضَ خَراجَها كذا . ذكَرَه القاضى ، واقْتصَرَ عليه فى « الفُروعِ » فيهما . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى كونِها لَبُونًا . وقال ابنُ شِهابٍ : إنْ لم تَحِضْ طَبْعًا ، ففَقْدُه يَمْنَعُ النَّسْلَ ، وإنْ كان لكِبَرٍ ، فعَيْبٌ ؛ لأنَّه يُنْقِصُ الثَّمَنَ . وجزَم فى « التَّلْخيصِ » ، أنَّه لا يصِحُّ شَرْطُ كَوْنِها لَبُونًا . قال فى « الرِّعايَةِ » : وهو أشْهَرُ .

قوله : وإنْ شرَطَها ثَيِّبًا كافِرَةً ، فبانَتْ بِكْرًا مُسْلِمَةً ، فلا فَسْخَ . وهذا المذهبُ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به فى « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وصحَّحَه فى « الفائقِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ له الفَسْخَ ؛ لأنَّ له فيه قَصْدًا . قلتُ : وهو قَوِىٌّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى

(١) فى م : « وليس » .

المقنع وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ الْفَسْخَ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ قَصْدًا .

الشرح الكبير القاضِى ، واسْتَبْعَدَ كَوْنَه يَقْصِدُ الثُّيوبَةَ ؛ لعَجْزِه عن البِكْرِ (ويَحْتَمِلُ أنَّ له الفَسْخَ ؛ لأنَّ له فيه قَصْدًا) صَحِيحًا ، وهو أنَّ طالِبَ الكافِرَةِ أكْثَرُ لصَلاحِيَتِها للمسلمين والكُفَّارِ ، أو ليَسْتَرِيحَ مِن تَكْلِيفِها العِبادَاتِ ، وقد يَشْتَرِطُ الثَّيِّبَ ؛ لعَجْزِه عن البِكْرِ ، أو ليَبِيعَها لعاجِزٍ عن البِكْرِ . فقد فاتَ قَصْدُه ، وقد دَلَّ اشْتِراطُه على أنَّ له قَصْدًا صَحِيحًا . فأمَّا إن شَرَطَ صِفَةً غيرَ مَقْصُودَةٍ ، فبانَتْ بخِلافِها ، مثلَ أن يَشْتَرِطَها سَبِطَةً[1] ، فبانَتْ جَعْدَةً ، أو جاهِلَةً فبانَت عالِمَةً ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه زادَه خَيْرًا .

فصل : فإن شَرَطَ الشَّاةَ لَبُونًا ، صَحَّ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، فلم يَجُزْ شَرْطُه . ولَنا ، أنَّه أمْرٌ مَقْصُودٌ يَتَحَقَّقُ فى[2] الحَيَوانِ ، ويَأْخُذُ قِسْطًا مِن الثَّمَنِ ، فَصَحَّ اشْتِرَاطُه ، كالصِّناعَةِ فى الأمةِ ، والهَمْلَجَةِ فى الدَّابَّةِ . وإنَّما لم يَجُزْ

الإنصاف « تَذْكِرَتِه » ، ونصَرَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وقدَّمه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، فيما إذا شرَطَها كافِرَةً ، فبانَتْ مُسْلِمَةً .

تنبيه : ممَّا يحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ ، لو شرَطَها ثَيِّبًا ، فبانَتْ بِكْرًا ، أو شرَطَها كافِرَةً . فبانَتْ مُسْلِمَةً . وأكثرُ الأصحابِ إنَّما مثَّلُوا بذلك ، فلذلك حمَل ابنُ مُنَجَّى فى « شرْحِه » كلامَ المُصَنِّفِ عليه . قلتُ : يُمْكِنُ حَمْلُه على ظاهِرِه ، ويكونُ ذلك مِن بابِ التَّنْبِيهِ على ما مثَّلَه الأصحابُ ، ولذلك أجْراه الشَّارِحُ على ظاهِرِه .

---

(١) أى : شعرها مسترسل لا جعودة فيه .

(٢) فى م : « من » .

الشرح الكبير

بَيْعُه مُفْرَدًا للجهالَةِ ، والجهالَةُ فيما كان تَبَعًا لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، ولذلك[1] لو اشْتَرَاها بغيرِ شَرْطٍ صَحَّ بَيْعُه معها . وكذلك يَصِحُّ بَيْعُ أساسَاتِ الحِيطانِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ ، وإن لم يَجُزْ بَيْعُهما مُنْفَرِدَيْنِ . فإن شَرَطَ أنَّها تَحْلِبُ (٢كُلَّ يومٍ٢) [٣/٢٤٩ظ] قَدْرًا مَعْلُومًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ يَخْتَلِفُ ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه ، فتَعَذَّرَ الوفاءُ به . وإن شَرَطَها غَزِيرَةَ اللَّبَنِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ الوَفاءُ به . وإن شَرَطَها حامِلًا ، صَحَّ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . ولهذا لا يَصِحُّ اللِّعانُ على الحَمْلِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّه رِيحٌ . ولَنا ، أنَّه صِفَةٌ مَقْصُودَةٌ يمكِنُ الوَفاءُ بها ، فصَحَّ شَرْطُه ، كالصِّناعَةِ ، وكَوْنِها لَبُونًا . وقولُه : إنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ قد حَكَمَ فى الدِّيَةِ بأَرْبَعِين خَلِفَةً فى بُطونِها أوْلَادُها[3] . ومَنَعَ أخْذَ الحوامِلِ فى الزَّكاةِ[4] . ومَنَعَ وَطْءَ الحَبالَى

الإنصاف

فائدة : لو شرَطَه كافِرًا ، فَبانَ مُسْلِمًا ، فظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، أنَّ له الفَسْخَ . قال شيْخُنا فى « حَواشِيه » : وهو مُشْكِلٌ مِن جِهَةِ المَعْنَى ؛ لأنَّ العِلَّةَ المذكُورةَ فى الكافِرَةِ مَوْجودَةٌ فى الكافرِ . وقال أبو بَكْرٍ : حُكْمُه حُكْمُ ما إذا شرَطَها

---

(١) فى ق : « وكذلك » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه . أبو داود ، فى : باب فى دية الخطأ شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢ / ٤٩٢ ، ٥٠١ . والنسائى ، فى : باب كم دية شبه العمد ، وباب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٦/٨ - ٣٨ . وابن ماجه ، فى : باب دية شبه العمد مغلظة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ ، ٨٧٨ . والدارمى ، فى : باب الدية فى شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ١٩٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١/٢ ، ١٠٣ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٤٤٣/٦ .

الشرح الكبير

الْمَسْبِيَّاتِ[1]. وأَرْخَصَ للحامِلِ فى الفِطْرِ فى رمضانَ إذا خافَتْ على وَلَدِها[2]. ومَنَعَ مِن إقامَةِ الحَدِّ عليها مِن أَجْلِ حَمْلِها[3]. وظاهِرُ الحَدِيثِ المَرْوِىِّ فى اللِّعانِ يَدُلُّ على أنَّه لاعَنَها حالَ حَمْلِها[4]، فانْتَفَى عنه وَلَدُها. فإن شَرَطَ أنَّها تَضَعُ الوَلَدَ فى وَقْتٍ بعَيْنِه، لم يَصِحَّ، وَجْهًا واحِدًا؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الوفاءُ به، وكذلك إن شَرَطَ أنَّها لا تَحْمِلُ؛ لذلك. وقال مالِكٌ: لا يَصِحُّ فى المُرْتَفِعاتِ، ويَصِحُّ فى غَيْرِهِنَّ. ولَنا، أنَّه باعَها بشَرْطِ البَراءَةِ مِن الحَمْلِ، فلم يَصِحَّ، كالمُرْتَفِعاتِ. وإن شَرَطَها حائِلًا[5]، فبانَتْ حامِلًا، فإن كانت أَمَةً فهو عَيْبٌ يُثْبِتُ الخِيارَ، وإنْ كان فى غيرِها، فهو زِيادَةٌ لا يَسْتَحِقُّ به فَسْخًا. ويَحْتَمِلُ أنْ يَسْتَحِقَّ؛ لأنَّه قد يُرِيدُها لسَفَرٍ، أو حَمْلِ شىءٍ لا تَتَمَكَّنُ منه مع الحَمْلِ. وإنْ شَرَطَ البَيْضَ فى الدَّجاجَةِ، فقيل: لا يَصِحُّ؛ لأنَّه لا عَلَمَ عليه يُعْرَفُ به، ولم يَثْبُتْ له فى الشَّرْعِ حُكْمٌ. وقيل: يَصِحُّ؛ لأنَّه يُعْرَفُ بالعادَةِ، فأَشْبَهَ اشْتِراطَ الشاةِ لَبُونًا.

الإنصاف

كافِرَةً، فبانَتْ مُسْلِمَةً. قال فى «الرِّعايَةِ»: هذا أقْيَسُ. قال فى «التَّلْخيصِ»: هذا أظْهَرُ الوَجْهَيْن. قلتُ: وهو الصَّحيحُ. وذكَر ابنُ الجَوْزِىِّ فيما إذا شرَطَه

---

(1) أخرجه الترمذى، فى: باب فى كراهية أكل المصبورة، من أبواب الصيد، وفى: باب ما جاء فى كراهية وطء الحبالى من السبايا، من أبواب السير. عارضة الأحوذى ٦/٢٦٦، ٧/٥٩. والنسائى، فى: باب بيع المغانم قبل أن تقسم، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/٢٦٥. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/١٢٧.

(2) تقدم تخريجه فى ٧/٣٨٢.

(3) يأتى تخريجه فى كتاب الحدود.

(4) يأتى تخريجه فى كتاب اللعان.

(5) الحائل من كل أنثى، هى التى لم تحمل.

المقنع

وَإِنْ شَرَطَ الطَّائِرَ مُصَوِّتًا ، أَوْ أَنَّهُ يَجِيءُ مِنْ مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

١٥٩٢ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَطَ الطائِرَ مُصَوِّتًا ، أو أنَّه يجِيءُ مِن مَسَافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ . وقال القاضِي : لا يَصِحُّ) إذا شَرَطَ فى الهَزَارِ والقُمْرِيِّ ونحوِهما أنَّه مُصَوِّتٌ ، فقال بعضُ أصْحابنا : لا يَصِحُّ . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ صِياحَ الطَّيْرِ يَجُوزُ أن يُوجَدَ وأن لا يُوجَدَ ، ولأنَّه لا يُمْكِنُه إكْرَاهُه على التَّصْوِيتِ . والأَوْلَى جَوازُه ؛ لأَنَّ فيه قَصْدًا صَحِيحًا ، وهو

الإنصاف

كافِرًا ، فبانَ مُسْلِمًا ، رِوايتَيْن .

قوله : وإنْ شرَط الطَّائرَ مُصَوِّتًا ، أو أنَّه يجِيءُ مِن مَسافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ . إنْ شرَط الطَّائرَ مُصَوِّتًا ، فقدَّم المُصَنِّفُ الصِّحَّةَ . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه . جزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِيِّ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال الشَّارِحُ : الأَوْلَى جَوازُه . قال فى « الفائقِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » . وقال القاضى : لا يصِحُّ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وهو الأَشْهَرُ . قال النَّاظِمُ : وهو الأقْوَى . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » [٦٦/٢و] ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . وقدَّمه فى « الحاوِيَيْن » . قلتُ : وهذا المذهبُ . وقد وافقَ على ذلك فى « الهادِى » . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وإنْ شرَط أنَّه يجِيءُ مِن مَسافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، فقدَّم المُصَنِّفُ هنا الصِّحَّةَ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ،

الشرح الكبير

عادَةٌ له وخِلْقَةٌ فيه ، فأَشْبَهَ الهَمْلَجَةَ فى الدَّابَّةِ ، والصَّيْدَ فى الفَهْدِ . وإنْ شَرَطَ فى الحمامِ أنَّه يَجِىءُ مِن مَسافَةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ أيضًا . اخْتارَه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّ هذه عادَةٌ مُسْتَمِرَّةٌ ، وفيها قَصْدٌ صَحِيحٌ ؛ لتَبْلِيغِ الأخْبارِ ، وحَمْلِ الكُتُبِ ، فجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ والهَمْلَجَةِ . وقال القاضى : لا

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . قال الشَّارِحُ : وهو أوْلَى . قال فى « الفائقِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والمُصَنِّفُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « الكافِى » . وقال القاضى : لايصِحُّ . وصحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أشْهَرُهما بُطْلانُه . وأطْلَقهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . فتَلَخَّصَ فى المَسْأَلَتَيْن طُرُقٌ ؛ يصِحُّ الشَّرْطُ فيهما ، لا يصِحُّ فيهما ، لا يصِحُّ فى الأُولَى ، وفى الثَّانيةِ الخِلافُ ، لا يصِحُّ فى الأُولَى ، ويصِحُّ فى الثَّانيةِ . وهو المذهبُ ، والصَّحيحُ .

فائدتان ؛ إحداهما ، لو شرَط الطَّائرَ يبِيضُ ، أو يُوقِظُه للصَّلاةِ ، أو الأَمَةَ حامِلًا ، فحُكْمُهُنَّ كالمَسْأَلَتَيْنِ المُتقدِّمتَيْن عندَ صاحبِ « الفُروعِ » . أمَّا إذا شرَط الطَّائِرَ يَبِيضُ ، فقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[1] : الأَوْلَى الصِّحَّةُ . قلتُ : وهو الأَوْلَى . وقيل : لايصِحُّ . وإنْ شرَط أنَّه يُوقِظُه للصَّلاةِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ . قال فى « الفائقِ » : بطَل فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : الأشْهَرُ البُطْلانُ . وقدَّمه فى « الحاوِيَيْن » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ،

(١) انظر : المغنى ٦/ ٢٤١ .

الشرح الكبير

يَصِحُّ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ فيه تَعْذِيبًا للحَيوانِ ، أَشْبَهَ مالو شَرَطَ الكَبْشَ مُناطِحًا . وإنْ شَرَطَ الغِناءَ فى الجارِيَةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الغِناءَ مَذْمُومٌ فى الشَّرْعِ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُه ، كالزِّنَى . وإنْ شَرَطَ فى الكَبْشِ النِّطَاحَ ، أو فى الدِّيكِ كونَه مُناقِرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه فى الشَّرْعِ ، فجَرَى مَجْرَى الغِناءِ فى الجارِيَةِ . وإنْ شَرَطَ أنَّ الدِّيكَ يُوقِظُه للصَّلَاةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الوَفاءُ به ، وإنْ شَرَطَ أنَّه يَصِيحُ فى أوقاتٍ مَعْلُومَةٍ ، جرَى مَجْرَى التَّصْوِيتِ فى القُمْرِىِّ ، على ما ذَكَرْنا . [٢٥٠/٣و]

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . ونسَبَه فى « الحاوِيَيْن » إلى اخْتِيارِ المُصَنِّفِ . وقدْ قدَّم فى « الكافِى » ، أنَّه إذا شرَط أنَّه يصِيحُ فى وَقْتٍ مِنَ اللَّيْلِ ، أنَّه يصِحُّ ، وأمَّا إذا شرَط أنَّه يصِيحُ فى أوْقاتٍ مَعْلُومَةٍ ، فإنَّه يَجْرِى مَجْرَى التَّصْوِيتِ فى القُمْرِىِّ ونحوِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وإنْ شرَط الأمَةَ حامِلًا ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، الصِّحَّةُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : وهو أوْلَى . وقال القاضى : قِياسُ المذهبِ ، لا يصِحُّ . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « المُنَوِّرِ » فيه . وصحَّحه الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » . وقدَّمه فى « التَّلْخِيصِ » . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، كما تقَدَّم . وأمَّا إذا شرَط الدَّابَّةَ حامِلًا ، فقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أشْهَرُ الوَجْهَيْن البُطْلانُ . وقيل : يصِحُّ الشَّرْطُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . الثَّانيةُ ، لو شرَط أنَّها لاتحْمِلُ ، ففَاسِدٌ ، وإنْ شرَطَها حائلًا فبانَتْ حامِلًا ، فله الفَسْخُ فى الأَمَةِ ، بلا نِزاعٍ ، ولا

المقنع

الثَّالِثُ ، أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَائِعُ نَفْعًا مَعْلُومًا فِى الْمَبِيعِ ؛ كَسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا ، وحُمْلَانِ الْبَعِيرِ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ يَشْتَرِطَ الْمُشْتَرِى نَفْعَ الْبَائِعِ فِى الْمَبِيعِ ؛ كَحَمْلِ الْحَطَبِ ، وَتكْسِيرِهِ ، وَخِيَاطَةِ الثَّوْبِ ، وَتَفْصِيلِهِ ، فَيَصِحُّ .

الشرح الكبير

و (الثَّالِثُ ، أنْ يَشْتَرِطَ نَفْعًا مَعْلُومًا فى المَبيعِ ؛ كَسُكْنَى الدّارِ شَهْرًا ، وحُمْلانِ البَعِيرِ إلى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ ، أو يَشْتَرِطَ المُشْتَرِى نَفْعَ البائِعِ فى المَبيعِ ؛ كحَمْلِ الحَطَبِ ، أو تكْسِيره ، أو خِياطَةِ الثَّوْبِ ، أو تَفْصِيله) . ويَصِحُّ أنْ يَشْتَرِطَ البائعُ نَفْعَ المَبيعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، مثل أنْ يَبيعَ دارًا ويَسْتَثْنِىَ سُكْنَاها سَنَةً ، أو دابَّةً ويَشْتَرِطَ ظَهْرَهُ إلى مكانٍ مَعْلُومٍ ، أو عَبْدًا ويَسْتَثْنِىَ خِدْمَتَه مُدَّةً مَعْلُومَةً . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الأوْزَاعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وإسْحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال الشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُرْوَى أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعٍ

الإنصاف

فَسْخَ له فى غيرِها مِنَ البَهائمِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : بلَى ، كالأمَةِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » : ليس بعَيْبٍ فى البَهائمِ ، إنْ لم يضُرَّ اللَّحْمَ . ويأْتِى ذلك فى العُيوبِ ، [٦٦/٢ظ] فى البابِ الذى بعدَ هذا .

قوله : الثَّالِثُ ، أنْ يشْتَرِطَ البائعُ نَفْعًا مَعْلُومًا فى المَبِيعِ ، كسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا ، وحُمْلانِ البَعِيرِ إلى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وهو المَعْمولُ به فى المذهبِ ، وهو مِنَ المُفْرَداتِ ، وكَحَبْسِه على ثَمَنِه ، والانْتِفاعِ به ، والأشْهَرُ ، لايَنْتَفِعُ . وقيل : يَلْزَمُ تَسْلِيمُه ، ثم يَرُدُّه لبائعِه ؛ ليَسْتَوْفِىَ المَنْفَعةَ .

الشرح الكبير

وشَرْطٍ[1] . ولأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَى البَيْعِ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَ أنْ لا يُسَلِّمَه ؛ [2]وذلك[2] ، لأنَّه شرطَ تأْخِيرَ تَسْلِيمِ المَبيعِ إلى أنْ يَسْتَوْفِيَ البائعُ مَنْفَعَتَه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَبْطُلُ البَيْعُ والشَّرْطُ ، نَقَلَها عبدُ اللهِ بنُ محمدٍ[3] فى الرَّجُلِ يَشْتَرِى مِن الرَّجُلِ الجارِيَةَ ويَشْتَرِطُ أنْ تَخْدِمَه ، فالبَيْعُ باطِلٌ . قال شَيْخُنا[4] : وهذه الرِّوَايَةُ لا تَدُلُّ على محَلِّ النِّزَاعِ فى هذه المسألةِ ، فإنَّ اشْتِراطَ خِدْمَةِ الجارِيَةِ باطِلٌ ؛ لوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّها مَجْهُولَةٌ ، فإطْلَاقُه يَقْتَضِى خِدْمَتَها أبَدًا ، وهذا لا خِلافَ فى بُطْلانِه ، إنَّما الخِلافُ فى اشْتِراطِ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ . الثانى ، أنْ يَشْتَرِطَ خِدْمَتَها بعدَ زَوالِ مِلْكِه عنها ، وذلك يُفْضِى إلى الخَلْوَةِ بها ، والخَطَرِ برُؤْيَتِها ، وصُحْبَتِها ، وهذا لا يُوجَدُ فى غَيْرِها ، ولذلك مُنِعَ إعارَةُ الأَمَةِ الشّابَّةِ لغيرِ مَحْرَمِها . وقال مالِكٌ : إنِ اشْتَرَطَ رُكُوبًا إلى مكانٍ قريبٍ ، جازَ ، وإنْ كان إلى مكانٍ بَعِيدٍ ، كُرِهَ ؛ لأنَّ اليَسِيرَ تَدْخُلُه المُسامَحَةُ . ولَنا ، ما رَوَى جابرٌ ، أنَّه باعَ النَّبِيَّ ﷺ جَمَلًا ، واشْتَرَطَ ظَهْرَه إلى

الإنصاف

ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وعنه ، لا يصِحُّ . قال فى « القَواعِدِ » : وحُكِيَ عنه رِوايَةٌ ، لا يصِحُّ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » .

---

(1) أخرجه ابن حزم ، فى : المحلى ٤٠٩/٩ . والحاكم ، فى : معرفة علوم الحديث ١٢٨ . والخطابى ، فى : معالم السنن ١٤٥/٣ . وانظر : نصب الراية ١٧/٤ . وتلخيص الحبير ١٢/٣ .

(2 - 2) فى م : « ذلك » .

(3) لعله عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المرزبان ، ابن بنت أحمد بن منيع ، روى عن الإمام أحمد ، وصنف المعجمين الكبير والصغير ، توفى سنة سبع عشرة وثلاثمائة . طبقات الحنابلة ١٩٠/١ - ١٩٢ .

(4) فى : المغنى ١٦٧/٦ .

الشرح الكبير

المَدِينَةِ . وفى لَفْظٍ ، قال : فَبِعْتُه بأُوقِيَّةٍ ، واسْتَثْنَيْتُ حُمْلَانَهُ إلى أهْلِى . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وفى لَفْظٍ : فبِعْتُه بخَمْسِ أوَاقٍ ، قال : قُلْتُ : على أنَّ لى ظَهْرَه إلى المَدِينَةِ . قال : « وَلَكَ ظَهْرُه إلى المَدِينَةِ » . رواهُ مُسْلِمٌ[2] . ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيَا ، إلَّا أنْ تُعْلَمَ[3] . وهذه مَعْلُومَةٌ ، ولأنَّ المَنْفَعَةَ قد تَقَعُ مُسْتَثْناةً بالشَّرْعِ على المُشْتَرِى ، فيما إذا اشْتَرَى نَخْلًا مُؤَبَّرَةً ، أو أرْضًا مَزْرُوعَةً ، أو دَارًا مُؤْجَرَةً ، أو أمَةً مُزَوَّجَةً ، فجازَ أنْ يَسْتَثْنِيَها ، كما لو اشْتَرَطَ البائِعُ الثمرَةَ قبل التَّأْبِيرِ ، ولم يَصِحَّ نَهْىُ النَّبِىِّ ﷺ عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[4] . وإنَّما نَهَى عن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ[5] . فمَفْهُومُه إباحَةُ الشَّرْطِ الواحِدِ . وقِياسُهُم مَنْقُوضٌ بشَرْطِ الخيارِ والتَّأْجِيلِ فى الثَّمَنِ .

الإنصاف

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، مِمَّن أطْلَقَ ، اشْتِراطُ وَطْءِ الأمَةِ

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء الدواب والحمير ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز ، من كتاب الشروط ، وفى : باب من ضرب دابة غيره فى الغزو ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٣/٨١ ، ٢٤٨ ، ٤/٣٦ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وفى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٢/١٠٨٩ ، ٣/١٢٢١ - ١٢٢٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦١ - ٢٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢٩٩ .

(2) فى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٢٣ .

(3) تقدم تخريجه فى صفحة ١١٥ .

(4) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(5) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٤٣ . والنسائى ، فى : باب سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا ، وباب شرطان فى بيع ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥٩ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن ، =

الشرح الكبير

فصل : وإنْ باعَ أمَةً ، واسْتَثْنَى وَطْأَهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الوَطْءَ لا يُباحُ فى غيرِ مِلْكٍ أو نِكاحٍ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ [٣/٢٥٠ظ] وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾[1] . وفارَقَ اشْتِراطَ وَطْءِ المُكاتَبَةِ ، حيثُ نُبِيحُه ؛ لأَنَّها مَمْلُوكَةٌ ، فيُسْتَبَاحُ وَطْؤُها بالشَّرْطِ فى المَحَلِّ المَمْلُوكِ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ عَدَمَ الإِباحَةِ أيْضًا . وهو قولُ أكثرِ الفُقَهاءِ .

فصل : وإن باعَ المُشْتَرِى العَيْنَ المُسْتَثْناةَ مَنْفَعَتُها ، صَحَّ البَيْعُ ، وتكونُ فى يَدِ المُشْتَرِى الثانِى مُسْتَثْنَاةً أيضًا . فإنْ كان عالِمًا بذلك ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، فلم يَثْبُتْ له خِيارٌ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، وإنْ لم يَعْلَمْ ، فله خِيارُ الفَسْخِ ، كمَن اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً ، أو دارًا مُؤْجَرَةً . وإنْ أتْلَفَ المُشْتَرِى العينَ ، فعليه أُجْرَةُ المِثْلِ ؛ لتَفْوِيتِ المَنْفَعَةِ المُسْتَحَقَّةِ لغيرِه ، وثَمَنُ المَبِيعِ[2] ، وإن تَلِفَتِ العَيْنُ بتَفْرِيطِه ،

الإنصاف

ودَواعِيه ، فإنَّه لا يصِحُّ ، قَوْلًا واحِدًا . صرَّح به الأصحابُ ، وهو مُرادُ المُصَنِّفِ وغيرِه .

فائدة : يجوزُ للبائعِ إجارَةُ ما اسْتَثْناه وإعارَتُه مُدَّةَ اسْتِثْنائِه ، كالعَيْنِ المُؤْجَرَةِ إذا بِيعَتْ ، وإن تَلِفَتِ العَيْنُ ، فإنْ كان بفِعْلِ المُشْتَرِى ، فعليه أُجْرَةُ مثْلِه ، وإنْ كان بتَفْرِيطِه ، فهو كتَلَفِها بفِعْلِه . نصَّ عليه . وقال : يرْجِعُ على المُبْتاعِ بأُجْرَةِ

= من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ ، ٧٣٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن شرطين فى بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧٩ .

(١) سورة المؤمنون ٥ - ٧ . المعارج ٢٩ - ٣١ .

(٢) فى م : « والبيع » .

الشرح الكبير

فهو كَتَلَفِها بفِعْلِه . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال : يَرْجِعُ البائعُ على المُبْتاعِ بأُجْرَةِ المِثْلِ . قال القاضِى : مَعْناهُ عِنْدِى ، القَدْرُ الذى نَقَصَه البائعُ لأجْلِ الشَّرْطِ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ خِلافُ هذا ؛ لأنَّه يَضْمَنُ ما فاتَ بتَفريطِه ، فضَمِنَه بعِوَضِه ، وهو أُجْرَةُ المِثْلِ . فأمّا إنْ تلِفَتْ بغَيْرِ فِعْلِه وتَفْريطِه ، لم يَضْمَنْ . قال الأَثْرَمُ : قُلْتُ لأبِى عبدِ اللهِ : فَعَلَى المُشْتَرِى أنْ يَحْمِلَه على غَيْرِه ؛ لأنَّه كان له حمْلان ؟ قال : لا ، إنَّما شرطَ عليه هذا بعَيْنِه . لأنَّه لم يَمْلِكْها البائعُ مِن جِهَتِه ، فلم يَلْزَمْه عِوَضُها ، كما لو تَلِفَتِ النَّخْلَةُ المُؤَبَّرَةُ بثَمَرَتِها ، أو غيرُ المُؤَبَّرَةِ إذا اشْتَرَطَ البائعُ ثَمَرَتَها ، وكما لو باعَ حائِطًا واسْتَثْنَى منه شَجَرَةً بعَيْنِها ، فتَلِفَتْ . وقال القاضِى : عليه ضَمانُها ، أخْذًا من عُمومِ كلامِ أحمدَ . وإذا تَلِفَتِ العَيْنُ ، رَجَعَ البائعُ على المُبْتاعِ بأُجْرَةِ المِثْلِ . وكَلامُه مَحْمُولٌ على حالَةِ التَّفْريطِ ، على ما ذَكَرْناه .

الإنصاف

المِثْلِ . قال القاضى : مَعْناه عندِى ، يضْمَنُه بالقَدْرِ الذى نقَصَه البائعُ لأجْلِ الشَّرْطِ . ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وإنْ كان التَّلَفُ بغيرِ فِعْلِه وتَفْريطِه ، لم يَضْمَنْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقوَّاه النَّاظِمُ . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايَةِ » . وقال القاضى : يضْمَنُ . وجزَم به فى « الفائِق » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وقالوا : نصَّ عليه . ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . فعلى قوْلِ القاضى ، يضْمَنُه بما نقَص . جزَم به فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ تَلِفَ بلا تَفْريطِه ولا فِعْلِه ، ضَمِنَ نَفْعَه المَذْكُورَ بأُجْرَةِ مِثْلِه . نصَّ عليه ، فيُقَوَّمُ المَبيعُ

الشرح الكبير

فصل : إذا اشْتَرَطَ البائِعُ مَنْفَعَةَ المَبِيعِ ، فأرادَ المُشْتَرِى أنْ يُعْطِيَه ما يَقُومُ مَقامَ المَبِيعِ فى المَنْفَعَةِ ، أو يُعَوِّضَه عنها ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ، وله اسْتِيفاءُ المَنْفَعَةِ مِن غيرِ المَبِيعِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بعَيْنِها ، أشْبَهَ مالو اسْتَأْجَرَ عَيْنًا ، فبَذَلَ له الآخرُ مِثْلَها ، ولأنَّ البائِعَ قد يكونُ له غَرَضٌ فى اسْتِيفاءِ مَنافِعِ تلك العَيْنِ ، فلا يُجْبَرُ على قَبُولِ عِوَضِها . فإنْ تَراضَيا على ذلك ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإنْ أرادَ البائِعُ إعارَةَ العَيْنِ أو إجارَتَها لمَن يقومُ مَقامَه ، فله ذلك ، فى قياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها مَنافِعُ مُسْتَحَقَّةٌ له ، فملَكَ ذلك فيها ، كمنافِعِ الدّارِ المُسْتَأْجَرَةِ المُوصَى بمَنافِعِها ، ولا تَجُوزُ إجَارَتُها إلَّا لمِثْلِه فى الانْتِفاعِ ، فإنْ أرادَ إجارَتَها أو إعارَتَها لمَن يَضُرُّ بالعَيْنِ بانْتِفاعِه ، لم يَجُزْ ذلك ، كما لا يَجُوزُ له إجَارَةُ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ لمَن لا يقومُ مَقامَه . ذَكَرَ ذلك ابنُ عَقِيلٍ .

الإنصاف

بنَفْعِه وبدُونِه ، فما نقَص مِن قِيمَتِه ، أُخِذ مِن ثَمَنِه بنِسْبَتِه . وقيل : بل ما نقَصَه البائعُ بالشَّرْطِ . انتهى .

فائدة : لو أرادَ المُشْتَرِى أنْ يُعْطِيَ البائعَ ما يَقُومُ مَقامَ المَبِيعِ فى المَنْفَعَةِ ، أو يُعَوِّضُه عنها ، لم يَلزَمْه قَبُولُه ، فإنْ تَراضَيا على ذلك ، جازَ .

قوله: أو يشْتَرِطَ المُشْتَرِى نَفْعَ البائعِ فى المَبِيعِ ، كحَمْلِ الحَطَبِ وتكْسِيرِه، وخِياطَةِ الثَّوْبِ وتَفْصِيلِه . الواوُ هنا بمَعْنَى « أو » تقْديرُه ، كحَمْلِ الحطَبِ أو تكْسِيرِه ، وخِياطَةِ الثَّوْبِ أو تَفْصِيلِه ، بدَليلِ قَوْلِه : وإنْ جمَع بينَ شَرْطَيْن ، لم يصِحَّ . فلو جعَلْنا الواوَ على بابِها كان جَمْعًا بينَ شَرْطَيْن ، ولا يصِحُّ ذلك . واعلمْ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ اشْتِراطِ المُشْتَرِى نَفْعَ البائعِ فى المَبِيعِ ، وعليه

الشرح الكبير

فصل : ولو قال : بِعْتُكَ هذه الدّارَ ، وأَجَرْتُكَهَا شَهْرًا . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه إذا باعَه فقد مَلَكَ المُشْتَرِى المنافِعَ ، فإذا أَجَرَهُ إيَّاهَا ، فقد شرَطَ أنْ يكونَ له بَدَلٌ [٣/٢٥١و] فى مُقابَلَةِ ما مَلَكَه المُشْتَرِى ، فلم يَصِحَّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد نَهَى النَّبِىُّ ﷺ عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ[١] . ومَعْناهُ أنْ يَسْتأْجِرَ طَحّانًا لِيَطْحَنَ له كُرًّا[٢] بقَفِيزٍ منه ، فيَصِيرُ كَأَنَّه شَرَط له [٣]عَمَلَه فى[٣] القَفِيزِ عِوَضًا عن عَمَلِه فى باقِى الكُرِّ المَطْحُونِ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ، بناءً على اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ ، على ما نَذْكُرُه ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويَصِحُّ أنْ يَشْتَرِطَ المُشْتَرِى نَفْعَ البائِعِ فى المَبِيعِ ، مثلَ أنْ يَشْتَرِىَ ثَوْبًا ويَشْتَرِطَ على بائِعِه خِياطَتَه قَمِيصًا ، أو بَغْلَةً ويَشْتَرِطَ حَذْوَها نَعْلًا ، أو جُرْزَةَ[٤] حَطَبٍ ويَشْتَرِطَ حَمْلَها إلى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوَايَةِ مُهَنّا ، وغيرِه . واحْتَجَّ أحمدُ بما رُوِىَ أنَّ محمدَ بنَ مَسْلَمَةَ اشْتَرَى مِن نَبَطِىٍّ جُرْزَةَ[٤] حَطَبٍ ، وشارَطَهُ على حَمْلِها . وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ[٥] . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أنْ يَشْتَرِىَ بَغْلَةً ،

الإنصاف

أكثرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . قال أبو بَكْرٍ ، وابنُ حامِدٍ : المذهبُ جَوازُه . وسَواءٌ كان حَصادًا ، أو جَزَّ رَطْبَةٍ أو غيرَهما . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المُخْتارُ للأكْثَرِين . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفائقِ » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . نصَّ

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن عسب الفحل ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٣٩ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٤٧ .

(٢) فى م : « كذا » . والكُرُّ : ستون قفيزًا أو أربعون إردبا .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « حزمة » . والجرزة : الحُزْمة .

(٥) فى م : « عبيدة » .

الشرح الكبير

ويَشْتَرِطَ على البائعِ حَذْوَها . وحُكِيَ عن أبى ثَوْرٍ ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّهما أَبْطلا العَقْدَ بهذا الشَّرْطِ ؛ لأنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ ، أشْبَهَ الشُّرُوطَ الفاسِدَةَ ، ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[1] . ولَنا ، ما تَقَدَّمَ فى قَضِيَّةِ محمدِ ابنِ مَسْلَمَةَ، ولأنَّه بَيْعٌ وإجارَةٌ ؛ لأنه باعَهُ الثَّوْبَ وأجَرَه نَفْسَه على خِياطَتِه ، وكُلُّ واحِدٍ منهما يَصِحُّ إفْرادُه بالعَقْدِ ، فإذا جَمَعَهُما ، جازَ ، كالعَيْنَيْنِ . ولم يَصِحَّ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ . قال أحمدُ : إنَّما نَهَى عن شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ[2] . وهو يَدُلُّ بمَفْهُومِه على جَوازِ الشَّرْطِ الواحِدِ . ولابُدَّ مِن العِلْمِ بالمَنْفَعَةِ لهما ؛ ليَصِحَّ اشْتِراطُها ، لأنَّنا نَزَّلْنا ذلك مَنْزِلَةَ الإجارَةِ . فلو اشْتَرَطَ حَمْلَ الحَطَبِ إلى مَنْزِلِه ، والبائِعُ لا يَعْرِفُ مَنْزِلَه ، لم يَصِحَّ . وإنْ شَرَطَ حَذْوَها نَعْلًا ، فلابُدَّ مِن مَعْرِفَةِ صِفَتِها ، كما لو اسْتَأْجَرَه على ذلك ابْتِداءً . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يَشْتَرِى البَغْلَةَ على أنْ يحذُوَها : جائِزٌ ، إذا أرادَ الشِّراكَ . فإنْ تَعَذَّرَ العَمَلُ بتَلَفِ المَبيعِ قبلَه ، أو بمَوْتِ

الإنصاف

عليه . وكذا قال فى « القَواعِدِ الفِقْهيَّةِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، فى غيرِ شَرْطِ الحَصادِ . قال القاضى : لم أجِدْ بما قال الخِرَقِىُّ رِوايةً فى المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . [٦٧/٢و] وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . وصحَّحَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يَصِحُّ . صَحَّحَها فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وأطْلَقَهما فى التَّلخيصِ ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

الشرح الكبير

البائعِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى عليه بعِوَضِ ذلك . وإن تَعذَّرَ بمَرَضٍ ، أُقِيمَ مُقامَه مَن يَعْمَلُ العَمَلَ ، والأُجْرَةُ عليه ، كقَوْلِنا فى الإجارَةِ .

فصل : وإذا اشْتَرَطَ المُشْتَرِى مَنْفَعَةَ البائعِ فى المَبيعِ ، فأقامَ البائعُ مُقامَه مَن يَعْمَلُ العَمَلَ ، فله ذلك ؛ لأنَّه[1] بمَنْزِلَةِ الأجيرِ المُشْتَرَكِ ، يجُوزُ أنْ يَعْمَلَ العَمَلَ بنَفْسِه ، وبمَنْ يقومُ مَقامَه . وإنْ أرادَ بَذْلَ العِوَضِ عن ذلك ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِى قَبُولُه ، وإنْ أرادَ المُشْتَرِى أخْذَ العِوَضِ عنه ، لم يَلْزَمِ البائعَ بَذْلُه ؛ لأنَّ المُعَاوَضَةَ عَقْدُ تَراضٍ ، فلا يُجْبَرُ عليه أحَدٌ . وإن تَرَاضَيَا عليه ، احْتَمَلَ الجوازَ ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنها لو لم يَشْتَرِطْها ، فإذا مَلَكَها المُشْتَرِى ، جازَ له أخْذُ العِوَضِ عنها ، كما لو اسْتَأْجَرَها ، وكما يَجُوزُ أنْ تُؤْجَرَ المنافِعُ المُوصَى بها مِن ورَثَةِ المُوصِى . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّه مُشْتَرَطٌ بحُكْمِ العادَةِ والاسْتِحْسَانِ لأَجْلِ الحاجَةِ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كالقَرْضِ ، فإنَّه يَجُوزُ أن يُرَدَّ فى الخُبزِ والخَمِيرِ ، أقَلَّ أو أكْثَرَ . ولو أرادَ أن يأْخُذَ بقَدْرِ خُبْزِه وكَسْرِه بقَدْرِ

الإنصاف

فائدة : حكَى كثيرٌ مِنَ الأصحابِ فيما إذا اشْتَرطَ المُشْتَرِى نَفْعَ البائعِ فى المَبيعِ الرِّوايتَيْن ، وقطَعوا بصِحَّةِ شَرْطِ البائعِ نفْعًا معْلُومًا فى المَبيعِ ، وفرَّقُوا بينَهما بأنَّ فى اشْتِراطِ نَفْعِ البائعِ جَمْعًا بينَ بَيْعٍ وإجارَةٍ ، فقد جَمَعَ بينَ بَيْعَتَيْن فى بَيْعَةٍ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه . وأمَّا اشْتِراطُ مَنْفَعَةِ المَبيعِ ، فهو اسْتِثْناءُ بعضِ أعْيانِ المَبيعِ ، وكما لو باعَ أمَةً مُزَوَّجَةً ، أو شجَرَةً عليها ثَمَرَةٌ قد بدَا صَلاحُها .

---

(١) سقط من : الأصل ، م .

المقنع

وَذَكَرَ الْخِرَقِىُّ فِى جَزِّ الرَّطْبَةِ ، إِنْ شَرَطَهُ عَلَى الْبَائِعِ ، لَمْ يَصِحَّ . فَيُخَرَّجُ هَـٰهُنَا مِثْلُهُ .

الشرح الكبير

الزِّيَادَةِ لم يَجُزْ . ولأنَّه أخذَ عِوَضًا عن مِرْفَقٍ مُعْتادٍ ، جَرَتِ [٢٥١/٣ظ] العادَةُ بالعَفْوِ عنه دُونَ أخْذِ العِوَضِ ، فأشْبَهَ المَنافِعَ المُسْتَثْناةَ شَرْعًا ، وهو ما إذا باعَ أرْضًا فيها زَرْعٌ للبَائِعِ ، واسْتَحَقَّ تَبْقِيَتَه إلى حينِ الحَصادِ ، فلو أخَذَه قَصِيلًا لِيَنْتَفِعَ بالأَرْضِ إلى وَقْتِ الحَصادِ ، لم يَكُنْ له ذلك .

١٥٩٣ - مسألة : (وذَكَرَ الخِرَقِىُّ فى جَزِّ الرَّطْبَةِ ، إن شَرَطَه على البائِعِ ، لم يَصِحَّ . فيُخَرَّجُ هـٰهُنا مثلُه) إذا اشْتَرَى زَرْعًا ، أو جَزَّةً مِن الرَّطْبَةِ ، أو ثَمَرَةً على الشَّجَرِ ، فالحَصادُ ، وجَزُّ الرَّطْبَةِ ، وجِذاذُ الثَّمَرَةِ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ نَقْلَ المَبِيعِ ، وتَفْرِيغَ مِلْكِ البائِعِ منه على المُشْتَرِى ، كَنَقْلِ الطَّعامِ المَبِيعِ مِن دارِ البائِعِ ، بخِلافِ الكَيْلِ والوَزْنِ والعَدَدِ ، فإنَّها على البائِعِ ؛ لأنَّها مِن مُؤْنَةِ تَسْلِيمِ المَبِيعِ إلى المُشْتَرِى ، والتَّسْليمُ على البائِعِ ، وهـٰهُنا حَصَلَ التَّسْلِيمُ بالتَّخْلِيَةِ بدُونِ القَطْعِ ، بدَلِيلِ جوازِ بَيْعِها والتَّصَرُّفِ فيها . وهذا مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . فإن شَرَطَه على البائِعِ ، فاخْتَلَفَ أصْحابُنا ، فقال الخِرَقِىُّ : يَبْطُلُ

الإنصاف

تنبيه : فعلَى الصِّحَّةِ ، لابُدَّ مِن مَعْرِفَةِ النَّفْعِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الإجارَةِ ، فلو شرَط الحَمْلَ إلى مَنْزِلِه ، وهو لا يعْرِفُه ، لم يصِحَّ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه .

قوله : وذكَرَ الخِرَقِىُّ فى جَزِّ الرَّطْبَةِ ، إنْ شرَطَه على البائعِ ، لم يصِحَّ . وجعَلَه ابنُ أبى مُوسى المذهبَ ، وقدَّمه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . قال المُصَنِّفُ : فيُخَرَّجُ هـٰهنا مِثْلُه . وخرَّجه قبلَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ الجَوْزِىِّ ، وجماعةٌ . واعلمْ أنَّه اخْتُلِفَ

الشرح الكبير

البَيْعُ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : لا يَجُوزُ . وقيل : يَجُوزُ . فإن قُلْنا : لا يَجُوزُ . فهل يَبْطُلُ البَيْعُ لبُطْلانِ الشَّرْطِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وقال القاضِى : المَذْهَبُ جوازُ الشَّرْطِ . ذَكَرَه أبو بكرٍ ، وابنُ حامِدٍ . وقال القاضِى : ولم أَجِدْ بما قالَه الخِرَقِىُّ رِوَايَةً فى المَذْهَبِ . واخْتَلَفَ فيه أصْحابُ الشافعىِّ ، فقال بَعْضُهم : إذا شَرَطَ الحصادَ على البائعِ بَطَلَ البَيْعُ ، قولًا واحِدًا . وقال بَعْضُهم : يكونُ على قَوْلَيْنِ . فمَن أفْسَدَه ، قال : لا يَصِحُّ ؛ لثَلاثَةِ مَعَانٍ ؛ أحدُها ، أنَّه[1] شَرَطَ العَمَلَ فى الزَّرْعِ قبلَ أن يَمْلِكَه . والثانِى ، أنه شَرَطَ ما لَا يَقْتَضِيه العَقْدُ . والثالِثُ ، أنَّه شَرَطَ تأْخِيرَ التَّسْلِيمِ ؛ لأنَّ مَعْنَى ذلك تَسْلِيمُه مَقْطُوعًا . ومَن أَجازَه ، قال : هذا بَيْعٌ وإجارَةٌ ، وكُلُّ واحِدٍ منهما يَصِحُّ إفْرَادُه ، فَصَحَّ جَمْعُهما ، كالعَيْنَيْنِ . وقولُهم : شَرَطَ العَمَلَ فيما لا يَمْلِكُه . يَبْطُلُ بشَرْطِ رَهْنِ المَبِيعِ على الثَّمَنِ فى البَيْعِ . والثانى ، يَبْطُلُ بشَرْطِ الرَّهْنِ والكَفِيلِ والخِيارِ . والثالِثُ ، ليس بتأْخِيرٍ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَسْلِيمُه قائِمًا ، ويَبْقَى الشَّرْطُ مِن

الإنصاف

فى كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ فقيلَ : يُقاسُ عليه ما أشْبَهَه مِن اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البائعِ . وهو الذى ذَكَرَه المُصَنِّفُ ، وهؤلاءِ الجماعَةُ ، وهو الصَّوابُ ؛ فإنَّه نُقِلَ عن الإمامِ أحمدَ رِوايَةٌ تُوافِقُ مَن خرَّج . ذكَرَها صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والمَجْدُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . واخْتارَها فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، كما تقدَّم ، وإليه مَيْلُ الزَّرْكَشِىِّ وغيرِه . وقيل : تخْتَصُّ مسْأَلَةُ الخِرَقِىِّ بما يُفْضِى الشَّرْطُ فيه إلى التَّنازُعِ لاغيرُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو أَوْلَى لوَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّه قال فى

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المُتَسَلِّمِ ، فليس ذلك بتَأْخِيرِ التَّسْلِيمِ . فإذا فَسَدَتْ هذه المَعانِى ، صَحَّ ؛ لِما ذَكَرْناه . فإن قيلَ : فالبَيْعُ يُخالِفُ حُكْمُه حُكْمَ الإِجارَةِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ يَنْتَقِلُ فى البَيْعِ بتَسْلِيمِ العَيْنِ ، بخِلافِ الإِجارَةِ ، فكيف يَصِحُّ الجَمْعُ بينَهما ؟ قُلنا : كما يَصِحُّ بَيْعُ الشِّقْصِ والسَّيْفِ ، وحُكْمُهما مُخْتَلِفٌ ، بدَلِيلِ ثُبوتِ الشُّفْعَةِ فى الشِّقْصِ دونَ السَّيْفِ ، وقد صَحَّ الجَمْعُ بَيْنَهُما . وقولُ الخِرَقِىِّ : إنَّ العَقْدَ هٰهُنا يَبْطُلُ . يَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ هذه المسألَةَ وشِبْهَها ، مِمّا يُفْضِى الشَّرْطُ فيه إلى التَّنازُعِ ، فإنَّ البائِعَ قد يُرِيدُ قَطْعَها مِن أَعْلاها ؛ لِيَبْقَى له منها بَقِيَّةٌ ، والمُشْتَرِى يريدُ الاسْتِقْصاءَ عليها ؛ ليَزِيدَ له ما يَأْخُذُه ، فيُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، وهو مَفْسَدَةٌ ، فيَبْطُلُ البَيْعُ مِن أجْلِه . ويَحْتَمِلُ أن يُقاسَ عليه ما أشْبَهَه مِن اشْتِراطِ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ . كما ذَكَرْنا فى صَدْرِ المسألةِ . والأَوَّلُ أوْلَى لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّه قد قال فى مَوْضِعٍ آخرَ : ولا يُبْطِلُ البَيْعَ [٢٥٢/٣و] شَرْطٌ واحِدٌ .

الإنصاف

مَوْضِعٍ آخرَ : ولا يُبْطِلُ البَيْعَ شَرْطٌ واحدٌ . والثَّانى ، أنَّ المذهبَ صِحَّةُ اشْتِراطِ مَنْفعَةِ البائعِ فى المَبِيعِ . وأطْلَقَ هذَيْنِ القَوْلَيْنِ عن كلامِ الخِرَقِىِّ فى « الكافِى » . قال فى « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » : وقيلَ : لايصِحُّ شَرْطُ جَزِّ الرَّطْبَةِ عليه . فيُخَرَّجُ هنا مِثْلُه ، وليس بشىءٍ . وتَبِعَه فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وناظِمِ « النِّهايَةِ » . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : هذا التَّخْريجُ ضَعِيفٌ بعيدٌ ، يُخالِفُ القَواعِدَ والأُصُولَ . وخرَّجَ ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » ، صِحَّةَ الشَّرْطِ فى النِّكاحِ . قال : وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ المُتَأَخِّرِين ، ولذلك اسْتَشْكَلُوا مَسْأَلَةَ الخِرَقِىِّ فى حَصادِ الزَّرْعِ . انتهى . فعلى المذهبِ فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، يَلْزَمُ البائِعَ فِعْلُ ما وقَع عليه الشَّرْطُ ، وله

المقنع وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ شَرْطَيْنِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير والثانى ، أنَّ المَذْهَبَ أنَّه يَصِحُّ اشْتِراطُ مَنْفَعَةِ البائِعِ فى المَبِيعِ[1] ، كما ذَكَرْنا . واللهُ أعْلَمُ .

١٥٩٤ – مسألة : (وإنْ جَمَعَ بينَ شَرْطَيْنِ ، لم يَصِحَّ) ثَبَتَ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنّه قال : الشَّرْطُ الوَاحِدُ لا بَأْسَ به ، إنّما نُهِىَ عن الشَّرْطَيْنِ فى البَيْعِ . وهو ما رُوِىَ عن عبدِ اللهِ بنِ عَمْرٍو ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا يَحِلُّ سَلَفٌ وبَيْعٌ ، ولا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ ، ولا بَيْعُ ما لَيْسَ

الإنصاف أنْ يُقِيمَ غيرَه بعَمَلِه ، فهو كالأَجِيرِ ، فإنْ ماتَ أو تَلِفَ ، أو اسْتُحِقَّ ، فللمُشْتَرِى عِوَضُ ذلك . نص عليه ، ولو أرادَ البائعُ بَذْلَ العِوَضِ عنه ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ قَبُولُه ، وإنْ أرادَ المُشْتَرِى أخْذَ العِوَضِ عنه ، لم يلْزَمِ البَائِعَ شراءٌ ، فلو رَضِيا بعِوَضِ النَّفْعِ ، ففى جَوازِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يجوزُ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قلت : وهو الصَّوابُ . [٦٧/٢ظ] والثَّانى : لا يجوزُ .

قوله : وإنْ جمَع بينَ شَرْطَيْن ، لم يصِحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قالَه فى « الفائقِ » .

تنبيه : محلُّ الخِلافِ إذا لم يَكُونا مِن مَصْلحَةِ العَقْدِ ؛ فأمَّا إنْ كانَا مِن مَصْلحَتِه ، فإنَّه يصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى فى « شَرْحِه » ، والمُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم ، ورَدُّوا غيرَه . وعنه ، لا يصِحُّ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى

(١) فى م : « البيع » .

الشرح الكبير

عِنْدَكَ » . أخْرَجَه أبو داودَ ، والتِّرمِذِىُّ[1] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . قال الأثْرَمُ : قيلَ لأبِى عبدِ اللهِ : إنَّ هؤلاء يَكْرَهُونَ الشَّرْطَ فى البَيْعِ . فَنَفَضَ يَدَهُ ، وقال : الشَّرْطُ الواحِدُ لا بَأْسَ به فى البَيْعِ ، إنَّما نَهى رسولُ اللهِ ﷺ عن شَرْطَيْنِ فى البَيْعِ . وحَدِيثُ جابرٍ يَدُلُّ على إباحَةِ الشَّرْطِ ، حينَ باعَهُ جَمَلَه وشَرَطَ ظَهْرَه إلى المَدِينَةِ[2] . واخْتُلِفَ فى تَفْسِيرِ الشَّرْطَيْنِ المَنْهِىِّ عنهما ، فرُوِىَ عن أحمدَ ، أنّهُما شَرْطَانِ صَحِيحَانِ لَيْسَا مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ . فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عنه ، وعن إسحاقَ ، فى مَن اشْتَرَى ثَوْبًا ، واشْتَرَطَ على البائِعِ خِياطَتَه و[3] قِصارَتَه ، أو طَعامًا واشْتَرَطَ طَحْنَه وحَمْلَه ، إن شَرَطَ أحدَ هذه الأشْياءِ فالبَيْعُ جائِزٌ ، وإنِ اشْتَرَطَ شَرْطَيْنِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ . وكذلك فَسَّرَ القاضِى فى « شَرْحِه »

الإنصاف

« التَّذْكِرَةِ » قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » : لا يجوزُ شَرْطان فى بَيْعٍ ، فإنْ فعَل بطَل العَقْدُ ، سَواءٌ كانا مِنَ الشُّروطِ الفاسِدَةِ أوِ الصَّحِيحَةِ . وقدَّماه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : لو شرَطا شَرْطَيْن فاسِدَيْن ، أو صَحِيحَيْن ، لوِ انْفرَدا ، بطَل العَقْدُ ، ويحْتَمِلُ صِحَّتُه دونَ شُروطِه المذْكُورَةِ . وقال فى « الصُّغْرى » : وإنْ جمَع فى عَقْدٍ شَرطَيْن يُنافِيانه ، بطَل . فظاهِرُه ، أنَّهما إذا كانا مِن مَصْلَحَتِه لا يَبْطُلُ كالأوَّلِ ، وأمَّا إذا كان الشَّرْطان فأكْثَرُ مِن مُقْتَضاه ، فإنَّه يصِحُّ ، قوْلًا واحدًا . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم : يصِحُّ بلا خِلافٍ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

(٣) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

الشَّرْطَيْنِ المُبْطِلَيْنِ بنَحْوِ هذا التَّفْسِيرِ . ورَوَى الأَثْرَمُ عن أحمدَ تَفْسِيرَ الشَّرْطَيْنِ ، أنْ يَشْتَرِيَها على أنَّه لا يَبِيعُها مِن أحَدٍ ولا يَطَؤُها . فَفَسَّرَهُ بشَرْطَيْنِ فاسِدَيْنِ . ورَوَى عنه إسماعيلُ بنُ سعيدٍ فى الشَّرْطَيْنِ فى البَيْعِ ، أنْ يقولَ : إذا بِعْتَها فأنا أحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، وأنْ تَخْدِمَنِى سَنَةً . فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الشَّرْطَيْنِ المَنْهِىَّ عنهما ما كانَ مِن هذا النَّحْوِ . وأمّا إنْ شَرَطَ شَرْطَيْنِ أو أكْثَرَ مِن مُقْتَضَى العَقْدِ ، أو مِن مَصْلَحَتِه ، مثلَ أنْ يَبِيعَه بشَرْطِ الخِيارِ ، والتَّأْجِيلِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، أو بِشَرْطِ أنْ يُسَلِّمَ إليه المَبِيعَ أو الثَّمَنَ ، فهذا لا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ ، وإنْ كَثُرَ . وقال القاضِى فى « المُجَرَّدِ » : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه متى شَرَطَ فى العَقْدِ شَرْطَيْنِ ، بَطَلَ ، سواءٌ كانَا صَحِيحَيْنِ ، أو فاسِدَيْنِ ، لمَصْلَحَةِ العَقْدِ ، أو لغَيْرِ مَصْلَحَتِه . أخْذًا مِن ظاهِرِ الحَدِيثِ ، وعَمَلًا بعُمُومِه . ولم يُفَرِّقِ الشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، بينَ الشَّرْطِ والشَّرْطَيْنِ ، ورَوَوْا أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[1] . ولأنَّ الصَّحِيحَ لا يُؤَثِّرُ فى البَيْعِ وإنْ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، أنَّه فسَّر الشَّرْطَيْن المَنْهِىَّ عنهما بشَرْطَيْن فاسِدَيْن ، وكذا فسَّره به بعضُ الأصحابِ . ورَدَّه فى « التَّلْخيصِ » بأنَّ الواحِدَ يُؤَثِّرُ[2] فى العَقْدِ ، فلا حاجَةَ إلى التَّعدُّدِ . ويُجابُ بأنَّ الواحِدَ فى تأْثيرِه خِلافٌ ، والاثْنان لا خِلافَ فى تأْثيرِهما . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه فسَّرَهما بشَرْطَيْن صَحِيحَيْن ليْسا مِن مَصْلَحةِ العَقْدِ ولا مُقْتَضاه . وهذا المذهبُ ،

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٥ .

(٢) فى الأصل : لا يؤثر .

الشرح الكبير

كَثُرَ ، والفاسِدُ يُؤَثِّرُ فيه وإنِ اتَّحَدَ . والحَدِيثُ الذى رَوَيْناهُ يَدُلُّ على الفَرْقِ . ولأنَّ الغَرَرَ[1] اليَسِيرَ إذا احْتُمِلَ فى العَقْدِ ، لا يَلْزَمُ احْتِمالُ الكَثِيرِ . وحَدِيثُهم ليس له أصْلٌ ، وقد أنْكَرَه أحمدُ ، ولا نَعْرِفُه مَرْوِيًّا فى مُسْنَدٍ ، فلا يُعَوَّلُ عليه . والذى ذَكَرَه القاضِى فى « المُجَرَّدِ » بَعِيدٌ أيضًا ؛ فإنَّ شَرْطَ ما يَقْتَضِيه العَقْدُ ، لا يُؤَثِّرُ فيه ، بغَيْرِ خِلافٍ ، وشَرْطَ ما هو مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ؛ كالأَجَلِ ، والخِيارِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، وشَرْطَ صِفَةٍ فى المَبِيعِ ؛ كالكِتَابَةِ ، والصِّنَاعَةِ ، فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ ، فلا يَنْبَغِى [٢٥٢/٣ظ] أنْ يُؤَثِّرَ فى بُطْلانِه ، قَلَّتْ أو كَثُرَتْ . ولم يَذْكُرْ أحمدُ فى هذه المَسْأَلَةِ شَيْئًا مِن هذا القِسْمِ ، فالظاهِرُ أنَّه غيرُ مُرَادٍ له . والأَوْلَى تَفْسِيرُه بما حَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

على ما تقدَّم . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : هما شَرْطان مُطْلَقًا . يعْنِى ، سَواءً كانا صَحِيحَيْن أو فاسِدَيْن ، أو مِن غيرِ مَصْلَحةٍ . وقال : هو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . وكذا قال ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، على ما تقدَّم قرِيبًا . الثَّانيةُ ، يصِحُّ تَعْليقُ الفَسْخِ بشَرْطٍ . على المذهبِ . اخْتارَه القاضى فى « التَّعْليقِ » ، وصاحِبُ « المُبْهِجِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ : لا يصِحُّ . وذكَر فى « الرِّعايَةِ » ، إذا أجَر هذه الدَّارَ كلَّ شَهرٍ بدِرْهَمٍ ، فإذا مضَى شَهْرٌ ، فقد فسَخْتُها ، أنَّه يصِحُّ ، كتَعْليقِ الخُلْعِ ، وهو فَسْخٌ على الأصحِّ . قال فى « الفُصولِ » ، و« المُغْنِى » فى الإقْرارِ : لو قالَ : بِعْتُكَ إنْ شِئْتَ . فشاءَ وقَبِلَ ، صحَّ . ويأْتِى فى الخُلْعِ تَعْليقُه على شىءٍ .

---

(١) فى م : « العذر » .

المقنع [٩٥و] **فصلٌ** : الضَّرْبُ الثَّانِى فَاسِدٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ عَقْدًا آخَرَ ؛ كَسَلَفٍ ، أَوْ قَرْضٍ ، أَوْ بَيْعٍ ، أَوْ إِجَارَةٍ ، أَوْ صَرْفٍ لِلثَّمَنِ ، أَوْ غَيْرِهِ . فَهَذَا يُبْطِلُ الْبَيْعَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير (**فصل** : الضَّرْبُ الثانى فاسِدٌ ، وهو ثَلاثَةُ أنْواعٍ ؛ أحدُها ، أنْ يَشْتَرِطَ أحدُهما[1] على صاحِبه عَقْدًا آخرَ ؛ كَسَلَفٍ ، أو قَرْضٍ ، أو بَيْعٍ ، أو إجارَةٍ ، أو صَرْفٍ للثَّمَنِ ، أو غَيْرِه . فهذا يُبْطِلُ البَيْعَ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَحْدَه) المَشْهُورُ فى المَذْهَبِ أنَّ هذا الشَّرْطَ فاسِدٌ ، يَبْطُلُ به البَيْعُ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ ، قال : « لا يَحِلُّ بَيْعٌ وسَلَفٌ ، ولا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ » . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ صَحِيحٌ . ولأنَّ النبىَّ ﷺ نَهى عن بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ[2] . حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وهذا منه . قال أحمدُ : وكذلك كُلُّ ما فى مَعْنَى ذلك ، مثلَ أن يَقُولَ : على أنْ تُزَوِّجَنِى ابْنَتَكَ . أو : على أنْ أُزَوِّجَكَ ابْنَتِى . فهذا كُلُّه لا يَصِحُّ . قال ابنُ مَسْعُودٍ : صَفْقَتانِ فى صَفْقَةٍ

الإنصاف قوله ، فى الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ : أحَدُها ، أنْ يشْتَرِطَ أحَدُهما على صاحِبِه عَقْدًا آخَرَ ، كسَلَفٍ ، أو قَرْضٍ ، أو بَيْعٍ ، أو إجارَةٍ ، أو صَرْفٍ للثَّمَنِ ، أو غيرِه . فهذا يُبطِلُ البَيْعَ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ،

---

(١) سقط من : الأصل ، م .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٣٩ . والنسائى ، فى : باب بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ . والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٣٢ ، ٤٧٥ ، ٥٠٣ .

الشرح الكبير

رِبًا[1] . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ، وجمهورِ العُلَمَاءِ . وجَوَّزَهُ مالِكٌ ، وجَعَلَ العِوَضَ المَذْكُورَ فى الشَّرْطِ فاسِدًا ، وقال : لا أَلْتَفِتُ إلى اللَّفْظِ الفاسِدِ ، إذا كان مَعْلُومًا حَلالًا ، فكأنَّه باعَ السِّلْعَةَ بالدَّراهِمِ التى ذَكَرَ أنَّه يَأْخُذُها بالدَّنانِيرِ . ولَنا ، الخَبَرُ ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفسادَ ، ولأنَّ العَقْدَ لا يَجبُ بِالشَّرْطِ ؛ لكَوْنِه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، فيَسْقُطُ ، فيَفْسُدُ العَقْدُ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَرْضَ به ، إلَّا بِالشَّرْطِ ، فإذا فاتَ ، فاتَ الرِّضَا به ، ولأنَّه شَرَطَ عَقْدًا فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ، كنِكَاحِ الشِّغَارِ. وقولُه: لا أَلْتَفِتُ إلى اللَّفْظِ الفَاسدِ[2]. لا يَصِحُّ؛ لأنَّ البَيْعَ هو اللَّفْظُ، فإذا كان فاسِدًا فكيف

الإنصاف

والزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : لم يصِحَّ على الأصحِّ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الكافِى » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . ويحْتَمِلُ أنْ يبْطُلَ الشَّرْطُ وحدَه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ ، وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقهما [٢/٦٨و] فى « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » .

فائدة : هذه المَسْأَلَةُ هى ، مَسْأَلَةُ بَيْعتَيْن فى بَيْعَةٍ ، المَنْهِىُّ عنها . قالَه الإمامُ أحمدُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمَه فى « الفُروعِ » . وعنه ، البَيْعَتانِ فى بَيْعَةٍ ؛ إذا باعَه بعَشَرَةٍ نَقْدًا ، أو بعِشْرِين[3] نَسِيئَةً . جزَم به فى « الإرْشادِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، وغيرِهم . وعنه ، بل هذا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب البيع بالثمن إلى أجلين ، من كتاب البيوع . المصنف ١٣٨/٨ .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى ا : « وبعشرين » .

المقنع

الثَّانِي ، شَرْطُ مَا يُنافِي مُقْتَضَى الْبَيْعِ ، نَحْوَ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لَا خَسَارَةَ عَلَيْهِ ، أَوْ مَتَى نَفقَ الْمَبِيعُ ، وَإِلَّا رَدَّهُ ، أَوْ أَنْ لَا يَبِيعَ ، وَلَا يَهَبَ ، وَلَا يَعْتِقَ ، أَوْ إِنْ أَعْتَقَ ، فَالْوَلَاءُ لَهُ ، أَوْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ ، فَهَذَا بَاطِلٌ فِي نَفْسِهِ . وَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

يكونُ صَحِيحًا ! ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ البَيْعُ ويَبْطُلَ الشَّرْطُ ، بِناءً على ما إذا شَرَطَ ما يُنافِي مُقْتَضَى العَقْدِ ، على ما نَذْكُرُه إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

(الثاني ، شَرْطُ ما يُنافِي مُقْتَضَى البَيْعِ ، نَحوَ أنْ يَشْتَرِطَ أنْ لا خَسارَةَ عليه ، أو متى نَفَقَ المَبِيعُ ، وإلَّا رَدَّه ، أو أنْ لَا يَبِيعَ ، ولا يَهَبَ ، ولا يَعْتِقَ ، أوْ إنْ أعْتَقَ ، فالوَلَاءُ له ، أو يَشْتَرِطَ أنْ يَفْعَلَ ذلك ، فهذا باطِلٌ فى نَفْسِه) لقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ فى حَديثِ بَرِيرَةَ حين شَرَطَ أَهْلُها الوَلاءَ : « مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ »[1] . نَصَّ على بُطْلانِ هذا الشَّرْطِ ، وقِسْنَا عليه سائِرَ الشُّرُوطِ ؛ لأنَّها فى مَعْناهُ . (وهل يَبْطُلُ بها البَيْعُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ) . قال القاضِى : المَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ . وهو

الإنصاف

شَرْطان فى بَيْعٍ . وقال فى « العُمْدَةِ » : البَيْعتان فى البَيْعَةِ ؛ أنْ يقولَ : بِعْتُك هذا بعَشَرَةٍ صِحاحٍ ، أو عِشْرِين مُكَسَّرَةٍ . أو يقولَ : بِعْتُك هذا على أنْ تبيعَنِى هذا أو تشْتَرِىَ مِنِّى هذا . انتهى . فجَمَع فيها بين الرِّوايتَيْن . ونقَل أبو داودَ ، إنِ اشْتَراه بكذا إلى شَهْرٍ ، كلَّ جُمُعَةٍ دِرْهَمان . قال : هذا بَيْعان فى بَيْعٍ . ورُبَّما قال : بَيْعَتان فى بَيْعَةٍ .

قوله : الثَّانى ، شَرْطُ ما يُنافِي مُقْتَضَى البَيْعِ ؛ نحوَ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لا خَسارَةَ عليه ،

---

(١) يأتى بتمامه بعد قليل .

الشرح الكبير

ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وبه قال الحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والحَكَمُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو ثَوْرٍ . والثانيةُ ، البَيْعُ فاسِدٌ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِيِّ ؛ لأنَّه شرطٌ فاسِدٌ ، فأفْسَدَ البَيْعَ ، كما لو اشْتَرَطَ فيه عَقْدًا آخَرَ . ولأنَّ الشَّرْطَ إذا فَسَدَ ، وجَبَ الرُّجُوعُ بما نَقَصه الشَّرْطُ مِن الثَّمَنِ ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا . ولأنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ بزَوَالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ بشَرْطِه ، والمُشْتَرِىَ كذلك ، إذا كان الشَّرْطُ له ، فلو صَحَّ البَيْعُ بدُونِه ، لزالَ مِلْكُه بغَيْرِ رِضاه ، والبَيْعُ مِن شَرْطِه التَّراضِى . ولأنَّه قد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيْعٍ [٢٥٣/٣ و] وشَرْطٍ . وَوَجْهُ الأولَى ما رَوَتْ عائِشَةُ ، قالت : جاءَتْنِى بَرِيرَةُ ، فقالت : كاتَبْتُ أهْلِى على تِسْعِ أواقٍ ، فى كُلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فأعِينِينى . فقلت : إنْ أحَبَّ أهْلُكِ أنْ أعُدَّها لهم عَدَّةً واحِدَةً ، ويكُونَ ولاؤُكِ لِى ، فَعَلْتُ . فذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إلى أهْلِها ، فقالت لهم ، فأبَوْا عليها ، فجاءَتْ مِن عندِهم

الإنصاف

أو متى نفَق المَبيعُ وإلَّا رَدَّه ، أو أنْ لا يَبِيعَ ، ولا يهَبَ ، ولا يعْتِقَ ، أو إنْ أعْتَقَ فالوَلاءُ له ، أو يَشْتَرِطَ أنْ يفْعَلَ ذلك ، فهذا باطِلٌ فى نَفْسِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، إلَّا ما اسْتُثْنِىَ ، وعليه الأصحابُ . وتأْتِى الرِّوايَةُ فى ذلك ، والكلامُ عليها . وهل يبْطُلُ البَيْعُ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « الإيضَاحِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، لا يبْطُلُ البَيْعُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهما . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ،

الشرح الكبير

ورَسُولُ اللهِ ﷺ جالِسٌ ، فقالت : إنِّي عَرَضْتُ عليهم ، فأَبَوْا إلَّا أن يَكُونَ الوَلَاءُ لهم . فسَمِعَ النَّبِيُّ ﷺ ، فأَخْبَرَتْ عائِشَةُ النَّبِيَّ ﷺ ، فقال : « خُذِيها واشْتَرِطِي لهم الوَلاءَ ، فإنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أعْتَقَ » . فَفَعَلَتْ عائِشَةُ ، ثم قامَ رسولُ اللهِ ﷺ في الناسِ ، فحَمِدَ اللهَ وأثْنَى عليه ، ثم قال : « أَمَّا بَعْدُ ، ما بالُ رِجالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا ليست فى كتابِ اللهِ تَعالَى ، ما كان مِن شَرْطٍ ليس فى كتابِ اللهِ فهو باطِلٌ ، وإنْ كان مِائَةَ شَرْطٍ ، قضاءُ اللهِ أحَقُّ ، وشَرْطُ اللهِ أَوْثَقُ ، وإنَّما الوَلَاءُ لمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] .

الإنصاف

وغيرِهما . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال القاضى : المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والثَّلاثِين » : لو شرَط أنْ لا يَبِيعَ ولا يَهَبَ ، وإنْ باعَها فالمُشْتَرِى أحَقُّ بها ، فنَصَّ أحمدُ على الصِّحَّةِ ، وقال : ونُصوصُه صَرِيحَةٌ بصِحَّةِ هذا البَيْعِ والشَّرْطِ ، ومَنْعِ الوَطْءِ . وذكَر نُصُوصًا كثيرةً . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَبْطُلُ البَيْعُ . قال فى « الفُروعِ » :

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر البيع والشراء على المنبر فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الصدقة على موالى أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب إذا اشترط شروطا فى البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفى : باب الشروط فى البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط فى الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفى : باب الحرة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لا يكون بيع الأمة طلاقا ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب إذا أعتق فى الكفارة لمن يكون ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفى : باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١٢٣/١ ، ١٥٨/٢ ، ٩٦/٣ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ١١/٧ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ١٨٢/٨ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤١/٢ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود، فى: باب فى الولاء، من كتاب الفرائض، وفى: باب =

الشرح الكبير

فأبْطَلَ الشَّرْطَ ، ولم يُبْطِلِ العَقْدَ . قال ابنُ المُنْذِرِ : خَبَرُ بَرِيرَةَ ثابتٌ ، ولا نَعْلَمُ خَبَرًا يُعارِضُه ، فالقَوْلُ به يَجِبُ . فإنْ قيل : المُرادُ بقَوْلِه : « اشْتَرِطِى لَهُمُ الوَلاءَ » . أى عليهم . بدَلِيلِ أنّه أمَرَها به ، ولا يَأْمُرُها بفَاسِدٍ . قلنا : لا يَصِحُّ هذا التَّأْوِيلُ ؛ لوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ الوَلاءَ لها بإعْتَاقِها ، فلا حاجَةَ إلى اشْتِراطِه . الثانى ، أنَّهم أبَوُا البَيْعَ ، إلَّا أنْ يُشْتَرَطَ لهم الولاءُ ، فكيف يَأْمُرُها بما عَلِمَ أنَّهم لا يَقْبَلُونَه منها ؟ وأمّا أمْرُها بذلك ، فليس هو أمْرًا على الحَقِيقَةِ ، وإنَّما هو صِيغَةُ الأمْرِ بمَعْنَى التَّسْوِيَةِ بين

الإنصاف

اخْتارَه القاضى ، وأصحابُه ، وصحَّحَه فى « الخُلاصَةِ » . فعلى المذهبِ ، للَّذى فاتَ غرَضُه الفَسْخُ ، أو أرْشُ ما نقَص مِنَ الثَّمَنِ بإلْغائِه مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ »[1] ، وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يخْتَصُّ ذلك بالجاهِلِ بفَسادِ الشَّرْطِ دونَ العالِمِ . جزَم به فى « الفائقِ » . وقيل :

= فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة، من كتاب العتاق. سنن أبى داود ٢/١١٤، ٣٤٧. والترمذى، فى: باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/٢٨١ . والنسائى ، فى : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٨١، ٦/١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥ ، ٧/٢٦٤ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ١/٦٧١ ، ٢/٨٤٢ ، ٨٤٣ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٩ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/٥٦٢ ، ٧٨٠ ، ٧٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٨١ ، ٣٢١ ، ٢/ ٢٨، ١٠٠، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٦/٣٣، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢ .

(١) فى حاشية ط : « الذى جزم به فى « المحرَّرِ » هو القول الثانى لا الأول ، فنسبة الأول إليه سهو .

الشرح الكبير

الاشْتِراطِ وتَرْكِه ، كقولِ اللهِ تعالَى : ﴿ آسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ ﴾[1] . وقوْلِه : ﴿ فَآصْبِرُوٓاْ أَوْ لَا تَصْبِرُواْ ﴾[2] . والتَّقْدِيرُ : واشْتَرِطِى لهم الوَلاءَ ، أو لا تَشْتَرِطِى . ولهذا قال عَقِيبَهُ : « فإنَّما الوَلاءُ لمَنْ أَعْتَقَ » . وحَدِيثُهم لا أصْلَ له على ما ذَكَرْنا ، وما ذَكَرُوه مِن المَعْنَى فى مُقابَلَةِ النَّصِّ لا يُقْبَلُ .

فصل : وإذا حَكَمْنَا بِصِحَّةِ البَيْعِ ، فللبَائِعِ الرُّجُوعُ بما نَقَصَه الشَّرْطُ مِن الثَّمَنِ . ذكَرَه القاضِى . وللمُشْتَرِى الرُّجُوعُ بزِيادَةِ الثَّمَنِ إنْ كان هو المُشْتَرِطَ ؛ لأنَّ البائِعَ إنَّما سَمَح بالبَيْعِ بهذا الثَّمَنِ ؛ لِما يَحصُلُ له مِن الغَرَضِ بالشَّرْطِ ، والمُشْتَرِى إنَّما سَمَحَ[3] بزِيَادَةِ الثَّمَنِ مِن أجْلِ شَرْطِه ، فإذا لم يَحْصُلْ غَرَضُه ، يَنْبَغِى أن يَرْجِعَ بما سَمَحَ به ، كما لو وَجَدَه مَعِيبًا . ويَحْتَمِلُ أن يَثْبُتَ له[4] الخِيارُ ، ولا يَرْجِعَ بشىءٍ ، كمَن شَرَطَ رَهْنًا أو ضمِينًا ، فامْتَنَعَ الرّاهِنُ والضَّمِينُ ، ولأنَّ ما يَنْقُصُه الشَّرْطُ مِن الثَّمَنِ مَجْهُولٌ ، فَيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ لم يَحْكُمْ لأرْبابِ بَرِيرَةَ بشىءٍ مع فَسَادِ الشَّرْطِ وصِحَّةِ البَيْعِ . وإن حَكَمْنا بفَسَادِ العَقْدِ لم يَحصُلْ به مِلْكٌ ، سواءٌ قَبَضَه أو لم يَقْبِضْه ، على ما نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالَى .

الإنصاف

لا أرْشَ له ، بل يَثْبُتُ له الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والإمْضاءِ لا غيرُ . وهو احْتِمالٌ فى

(١) سورة التوبة ٨٠ .

(٢) سورة الطور ١٦ .

(٣) بعده فى م : « له » .

(٤) سقط من : م .

المقنع

إِلَّا إِذَا شَرَطَ الْعِتْقَ ، فَفِى صِحَّتِهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهِ إِنْ أَبَاهُ .

الشرح الكبير

١٥٩٥ - مسألة : (إلَّا إذا شَرَطَ [٢٥٣/٣ظ] العِتقَ ، ففى صِحَّتِه رِوَايَتَانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَصِحُّ) وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ، وظاهِرُ مَذْهَبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ عائِشَةَ اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ ، وشرطَ عليها أهْلُها عِتقَها وولاءَها ، فأنْكَرَ النبىُّ ﷺ شرطَ الوَلَاءِ دُونَ العِتقِ . والثانيةُ ، الشَّرْطُ فاسِدٌ . وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّهُ شَرْطٌ يُنافِى مُقْتَضَى العقْدِ ، أشْبَهَ ما لو شَرَط أن لا يَبِيعَه ، ولأنَّه شَرَطَ إزالَةَ مِلْكِه عنه ، أشْبَهَ ما إذا اشْتَرَطَ أن يَبِيعَه ، وليس

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : هذا ظاهِرُ المذهبِ .

قوله : إلَّا إذا شرَط العِتْقَ ، ففى صِحَّتِه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفروعِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . صَحَّحَها فى « التَّصْحيحِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعدِ الفِقْهِيَّةِ » . قال فى « النَّظْمِ » : وهو الأقْوَى . قال الزَّرْكَشِىُّ فى الكفَّاراتِ : المذهبُ مِنَ الرِّوايتَيْن [٦٨/٢ظ] عندَ الأصحابِ ، جَوازُ ذلك وصِحَّتُه . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . قدَّمه فى « إدْراكِ الغايَةِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ فى الكفَّاراتِ : وهو ظاهِرُ كلامِ صاحبِ « الوَجيزِ » . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، لا يَبْطُلُ البَيْعُ عندَ المُصَنِّفِ وغيرِه ، ويَبْطُلُ عندَ أبى الخَطَّابِ فى « خِلافِه » وغيرِه . فعلى المذهبِ ، يُجْبَرُ عليه إنْ أباه ، كما قال المُصَنِّفُ ؛ لأنَّه حَقٌّ للهِ كالنَّذْرِ . وهو الصَّحيحُ . قال النَّاظِمُ : هو الأقْوَى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ،

الشرح الكبير

فى حَديثِ عائِشَةَ أنَّها شَرَطَتْ لهم العِتقَ ، إنَّما أَخْبَرَتْهم أنَّها تُرِيدُ ذلك مِن غيرِ شَرْطٍ ، فاشْتَرَطُوا وَلاءَها . فإن حَكَمْنا بفَسَادِه ، فحُكْمُه حُكْمُ سائِرِ الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ ، على ما بَيَّنَّا ، وإن حَكَمْنا بصِحَّتِه ، فأعْتَقَه المُشْتَرِى ، فقد وَفَّى بما شَرَط عليه . وإن لم يُعْتِقْه ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُجْبَرُ، لأنَّ شَرْطَ العِتْقِ إذا صَحَّ تَعَلَّقَ بعَيْنِه ، فيُجْبَرُ ، كما لو نَذرَ عِتْقَه . والثانى ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لا يُوجِبُ فِعلَ المَشْرُوطِ ، بدَلِيلِ ما لو شَرَط الرَّهْنَ والضَّمِينَ . فعلى هذا يَثْبُتُ للبائِعِ خِيارُ الفَسْخِ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له ما شَرَطَ ، أشْبَهَ ما لو شرَطَ عليه رَهْنًا فلم يَفِ به . وإن تَعَيَّبَ المَبِيعُ ، أو كان أَمَةً فأَحْبَلَها ، أعْتَقَه ، وأَجْزَأه ؛ لأنَّ الرِّقَّ باقٍ فيه . وإنِ اسْتَغَلَّه ، أو أخذَ مِن كَسْبِه شيئًا ، فهو له . وإن ماتَ المَبِيعُ رَجَعَ البائِعُ على المُشْتَرِى بما نَقَصَه شَرْطُ العِتْقِ ، فيُقالُ : كم قِيمَتُه لو بِيعَ مُطْلَقًا ، وكم قِيمَتُه إذا بِيعَ بشَرْطِ العِتْقِ ؟ فيُرْجَعُ بقِسْطِ ذلك مِن ثَمَنِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، كالأَرْشِ . وفى الآخرِ ، يُضْمَنُ بما نَقَصَ مِن قِيمَتِه .

الإنصاف

و « الرِّعايَتَيْن » . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ . وقيل : هو حَقٌّ للبائِعِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وحكَى بعضُهم الخِلافَ رِوايتَيْن ؛ فيَثْبُتُ له خِيارُ الفَسْخِ ، وله إسْقاطُه مَجَّانًا ، وله الأَرْشُ إنْ ماتَ العَبْدُ ولم يَعْتِقْه . نقَلَ الأَثْرَمُ ، إنْ أبَى عِتْقَه ، فله أنْ يَسْتَرِدَّه ، وإنْ أمْضَى ، فلا أَرْشَ فى الأصحِّ . قالَ فى « الفُروعِ » . وأطْلَقَ الخِلافَ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . فعلى المذهبِ ، لوِ امْتنَعَ مِنَ العِتْقِ ، وأصَرَّ ، فقال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : توجَّه أنْ يَعْتِقَه الحاكِمُ عليه ، فلو بادَرَ

المقنع

وَعَنْهُ ، فِى مَنْ بَاعَ جَارِيَةً ، وَشَرَطَ عَلَى الْمُشْتَرِى ، إِنْ بَاعَهَا ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ ، أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ . وَمَعْنَاهُ – وَاللهُ أَعْلَمُ – أَنَّهُ جَائِزٌ مَعَ فَسَادِ الشَّرْطِ .

الشرح الكبير

١٥٩٦ – مسألة : (وعنه فى مَن باعَ جارِيَةً ، وشَرَطَ على المُشْتَرِى ، أنَّه إن باعَهَا ، فهو أَحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، أنَّ البَيْعَ جائِزٌ) رَوَى المَرُّوذِىُّ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : هو فى مَعْنَى حَدِيثِ النبىِّ ﷺ : « لا

الإنصاف

المُشْتَرِى وباعَه بشَرْطِ العِتْقِ أيضًا ، لم يصِحَّ . قدَّمه فى « نِهايَةِ أبى المَعالِى » للتَّسَلْسُلِ . وصحَّحَه الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » . وقيل : يصِحُّ . وأطْلَقَهما فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والعِشْرِين » . وقال : وعندِى أنَّ هذا الخِلافَ مُرَتَّبٌ على أنَّ الحَقَّ هل هو للهِ ، ويُجْبَرُ عليه إنْ أبَى ، أو للبائعِ ؟ فعلى الأوَّلِ ، هو كالمَنْذُورِ عِتْقُه . وعلى الثَّانِى ، يسْقُطُ الفَسْخُ لزَوالِ المِلْكِ ، وللبائعِ الرُّجوعُ بالأَرْشِ ، فإنَّ هذا الشَّرْطَ يَنْقُصُ به الثَّمَنُ عادةً . ويحْتَمِلُ أنْ يثْبُتَ له الفَسْخُ ؛ لسَبْقِ حَقِّه . انتهى .

تنبيه : قوْلُ المُصَنِّفِ : وعنه ، فى مَن باعَ جارِيَةً ، وشرَط على المُشْتَرِى إنْ باعَها فهو أَحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، أنَّ البَيْعَ جائِزٌ . ومعْناه ، واللهُ أَعْلَمُ ، أنَّه جائِزٌ مع فَسادِ الشَّرْطِ . يعْنِى ، أنَّ ظاهِرَ هذه الرِّوايَةِ ، صِحَّةُ الشَّرْطِ ؛ لسُكوتِه عن فَسادِه ، فبَيَّنَ المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، معْناه . روَى المَرُّوذِىُّ عنه ، أنَّه قال : هو فى مَعْنَى حديثِ النَّبِىِّ ﷺ : « لَا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ » يعْنِى ، أنَّه فاسِدٌ . وروَى عنه إسْماعِيلُ أنَّه قال : البَيْعُ صَحِيحٌ . واتَّفقَ عمرُ وابنُ مَسْعُودٍ على صِحَّتِه . قال المُصَنِّفُ : يحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ ، فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، على فَسادِ الشَّرْطِ ، وفى رِوايَةِ إسْماعِيلَ ، على جَوازِ البَيْعِ ؛ فيكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ، والشَّرْطُ فاسِدًا ، وهو مُوافِقٌ لأكثرِ

الشرح الكبير

شَرْطَانِ فى بَيْعٍ » . يَعْنِى أنَّه فاسِدٌ ؛ لأنَّهُ شَرَطَ أن يَبِيعَه إيَّاهُ ، وأن يَبِيعَه بالثَّمَنِ الأوَّلِ ، فهما شَرْطَانِ فى بَيْعٍ نُهِىَ عنهما ، ولأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ لأنه شَرَطَ أن لا يَبِيعَه مِن غيرِه إذا أعْطاهُ ثَمَنَه ، فهو كما لو شَرَطَ أن لا يَبِيعَه إلَّا مِن فلانٍ . ورَوَى عنه إسماعيلُ بنُ سَعِيدٍ : البَيْعُ جائِزٌ . لِما رُوِىَ عن ابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّه قال : ابْتَعْتُ مِن امْرَأَتِى زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جارِيَةً ، وشَرَطْتُ لها إن بِعْتُها فهى لها بالثَّمَنِ الذى ابْتَعْتُها به ، فذَكَرْتُ ذلك لعمرَ ، فقال : لا تَقْرَبْها ولأَحَدٍ فيها شَرْطٌ[1] . قال إسماعيلُ : فذَكَرْتُ لأحمدَ الحَدِيثَ ، فقال : البَيْعُ جائِزٌ ، و« لا تَقْرَبْها » ؛ لأنَّه كان فيها شَرْطٌ واحِدٌ للمَرْأَةِ ، ولم يَقُلْ عمرُ فى ذلك البَيْعِ : فاسِدٌ . فحَمَلَ الحَدِيثَ على

الإنصاف

الأصحابِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : نقَل علىُّ بنُ سَعِيدٍ - فى مَن باعَ شيئًا ، وشرَط عليه إنْ باعَه ، فهو أحَقُّ به بالثَّمَنِ - جوازَ البَيْعِ والشَّرْطِ . وسأله أبو طالِبٍ عن مَن اشْتَرى أمَةً بشَرْطِ أنْ يتسَرَّى بها لا للخِدْمَةِ ؟ قال : لا بأْسَ به . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : رُوِىَ عنه نحوُ عِشرين نصًّا على صِحَّةِ هذا الشَّرْطِ . قال : وهذا ، مِن أحمدَ ، يقْتَضِى أنَّه إذا شرَط على البائعِ فِعْلًا ، أو تَرْكًا فى البَيْعِ ، ممَّا هو مَقْصودُ البائعِ أو للمَبِيعِ نفْسِه ، صحَّ البَيْعُ والشَّرْطُ [٦٩/٢و] كاشْتِراطِ العِتْقِ . فاختار الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، صِحَّةَ هذا الشَّرْطِ ، بل اخْتارَ صِحَّةَ العَقْدِ والشَّرْطِ فى كلِّ عَقْدٍ ، وكلِّ شَرْطٍ لم يُخالِفِ الشَّرْعَ ؛ لأنَّ إطْلاقَ الاسْمِ يتناوَلُ المُنْجزَ والمُعلَّقَ ، والصَّريحَ والكِنايَةَ ، كالنَّذْرِ ، وكما يتناوَلُه بالعَرَبيَّةِ والعَجَميَّةِ . انتهى . وأطْلقَ ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه فى صحَّةِ هذا الشَّرْطِ ولُزومِه رِوايتَيْن . ونقَل حَرْبٌ ما نقَلَه الجماعَةُ ، لا بَأْسَ بشَرْطٍ واحدٍ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الشرط الذى يفسد البيع ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٣٦/٥ .

الشرح الكبير

ظاهِرِه ، وأَخَذَ به . وقد اتَّفَقَ عُمَرُ وابنُ مَسْعُودٍ على صِحَّتِه ، والقِياسُ يَقْتَضِى فَسادَه . قال شَيْخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ ، فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، على فَسادِ الشَّرْطِ ، وفى رِوايَةِ إسماعيلَ بنِ سَعِيدٍ على جَوازِ البَيْعِ ، فيكونُ البَيْعُ صَحِيحًا ، والشَّرْطُ فاسِدًا ، [٢٠٤/٣و] كما لو اشْتَرَاهَا بشَرْطِ أن لا يَبِيعَها . وقولُ أحمدَ : « لا تَقْرَبْها » . قد رُوِىَ مِثْلُه فى مَن اشْتَرَطَ فى الأَمَةِ أنْ لا يَبِيعَها ، ولا يَهَبَها ، أو شَرَطَ عليه ولاءَها ، [2]ولا[2] يَقْرَبُها . والبَيْعُ جائِزٌ ؛ لحَدِيثِ عمرَ المذكُورِ . وقال القاضِى : وهذا[3] على الكَرَاهَةِ ، لا على التَّحْرِيمِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : عندى أنَّه إنَّما مَنَعَ مِن الوَطْءِ ؛ لمكانِ الخِلافِ فى العَقْدِ ؛ لكَوْنِه يَفْسُدُ بفَسادِ الشَّرْطِ فى بَعْضِ المذاهِبِ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو شرَط على المُشْتَرِى وَقْفَ المَبِيعِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه مُلْحَقٌ بالشُّروطِ المُنافِيَةِ لمُقْتَضَى البَيْعِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه مِنَ الأصحابِ . وقيل : حُكْمُه حُكْمُ العِتْقِ إذا شرَطَه على المُشْتَرِى ، كما تقدَّم . الثَّانيةُ ، محَلُّ هذه الشُّروطِ ، أنْ تقَعَ مُقارِنَةً للعَقْدِ . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ شرَط ما يُنافِى مُقْتَضاه ، قال ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه : فى العَقْدِ . وقال بعدَ ذلك بأَسْطُرٍ : ويُعْتَبرُ مُقارَنَةُ الشَّرْطِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، ويَتوجَّهُ أنَّه كالنِّكاحِ . ويأْتِى كلامُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ وغيرِه ، فيما إذا شرَط عندَ عَقْدِ النِّكاحِ شَرْطًا ، فى أوَّلِ بابِ الشُّروطِ فى النِّكاحِ .

---

(١) فى : المغنى ١٧١/٦ .
(٢ - ٢) فى م : « أولا » .
(٣) بعده فى الأصل ، م : « يدل » .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَ رَهْنًا فَاسِدًا وَنَحْوَهُ ، فَهَلْ يَبْطُلُ الْبَيْعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٥٩٧ – مسألة : (وإن شَرَطَ رَهْنًا فاسِدًا) كالخَمْرِ (ونحْوِه ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ ؟ على وَجْهَيْنِ) أَصْلُهما الرِّوَايَتَانِ فى الشُّروطِ الفاسِدَةِ ، وقد مَضَى ذِكْرُهما .

فصل : وإذا قال رَجُلٌ لغَرِيمِه : بِعْنِى هذا على أن أَقْضِيَكَ دَيْنَكَ منه . ففَعَلَ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ؛ لأَنَّه شَرَطَ أن لا يَتَصَرَّفَ فيه بغيرِ القَضاءِ . وهل يَبْطُلُ[1] البَيْعُ ؟ يَنْبَنِى على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ ، على ما ذَكَرْنا . وإن قال : اقْضِنِى[2] حَقِّى على أن أَبِيعَكَ كذا وكذا . فالشَّرْطُ باطِلٌ ، والقَضاءُ صَحِيحٌ ؛ لأَنَّه أَقْبَضَه حَقَّه . وإن قال : اقْضِنِى[2] أَجْوَدَ مِن مالِى ، على أن أَبِيعَكَ كذا . فالقَضاءُ والشَّرْطُ باطِلَانِ ، وعليه رَدُّ ما قَبَضَه ، ويُطالِبُ بمالِه .

الإنصاف

قوله : وإنْ شرَط رَهْنًا فاسِدًا ونحوَه . مِثْلَ أنْ يشْترِطَ خِيارًا أو أجَلًا مَجْهُولَيْن ، أو نَفْعَ بائعٍ ومَبِيعٍ إنْ لم يصِحَّا ، أو تأْخِيرَ تَسْلِيمِه بلا انْتِفاعٍ . وكذا فِناءُ الدَّارِ لا بحَقِّ طَرِيقِها ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ ؟ على وَجْهَيْن . بناءً على الرِّوايتَيْن فى شَرْطِ ما يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، خِلافًا ومذهبًا ، وقد عَلِمْتَ أنَّ المذهبَ عدَمُ[3] البُطْلانِ .

فائدة : لو علَّق عِتْقَ عَبْدِه على بَيْعِه فباعَه ، عتَق وانْفَسخَ البَيْعُ . نَصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعةِ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : ولم يُنْقَلْ عنه فى ذلك خِلافٌ . انتهى . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ مِن حيثُ الجُمْلَةُ . قال فى « المُذْهَبِ »

(١) فى م : « يفسد » .

(٢) فى م : « اقبضنى » .

(٣) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

فصل : ومَتَى حَكَمْنا بفَسَادِ العَقْدِ ، لم يَثْبُتْ به مِلْكٌ ، سواءٌ اتَّصَلَ به القَبْضُ أو لَا . ولا يَنْفُذُ تَصرُّفُ المُشْتَرِى فيه بِبَيْعٍ ، ولا هِبَةٍ ، ولا عِتْقٍ ، ولا غيرِه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَثْبُتُ المِلْكُ فيه إذا اتَّصَلَ به القَبْضُ ، وللبَائِعِ الرُّجُوعُ فيه ، فيَأْخُذُه مع زِيادَتِه المُنْفَصِلةِ[1] ، إلَّا أن يَتَصرَّفَ فيه المُشْتَرِى تَصرُّفًا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيه ، فيَأْخُذَ قِيمَتَه . مُحْتَجًّا بحَديثِ بَرِيرَةَ ؛ فإنَّ عائِشَةَ اشْتَرَتْها بشَرْطِ الوَلاءِ ، فأعْتَقَتْها ، فأجازَ النبىُّ ﷺ العِتْقَ ، والبَيْعُ فاسِدٌ . ولأنَّ المُشْتَرِىَ على صِفَةٍ يملِكُ المَبِيعَ ابْتِداءً بعَقْدٍ ، وقد حَصَلَ عليه الضَّمَانُ للبَدَلِ عن[2] عَقْدٍ فيه تَسْلِيطٌ ، فوَجَبَ أنْ يَمْلِكَه ، كالعَقْدِ الصَّحِيحِ . ولَنا ، أنَّه مَقْبُوضٌ بعَقْدٍ فاسِدٍ ، فلم يمْلِكْهُ ، كما لو كان الثَّمَنُ مَيْتَةً ، أو دَمًا . فأمّا حَديثُ بَرِيرَةَ ، فإنّمَا يَدُلُّ على صِحَّةِ العَقْدِ ، لا على ما ذَكَرُوه . وليس فى الحَديثِ أنَّ عائِشَةَ اشْتَرَتْهَا بهذا الشَّرْطِ ، بل الظاهِرُ أنَّ أهْلَها حينَ بَلَغَهُم إنْكَارُ النَّبىِّ ﷺ هذا الشَّرْطَ ، تَرَكُوهُ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الشَّرْطَ كان سابِقًا للعَقْدِ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه .

الإنصاف

وغيرِه : عتق العَبْدُ على قَوْلِ أصحابِنا . وتَردَّدَ فيه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى مَوْضِعٍ ، وله فيه طَرِيقَةٌ أُخْرَى تأْتِى . قال العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : اخْتلَفَ الأصحابُ فى تَخْرِيجِ كلامِ الإمامِ أحمدَ على طُرُقٍ ؛ أحدُها ، أنَّه مَبْنِىٌّ على القَوْلِ بأنَّ المِلْكَ لم يُنْقَلْ عن البائعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فأمَّا على القَوْلِ بالانْتِقالِ ، وهو

---

(١) فى م : « المتصلة » .

(٢) فى م : « غير أنه » .

الشرح الكبير

فصل : وعليه رَدُّ المَبِيعِ ، مع نَمائِه (1)المُتَّصِلِ و(1) المُنْفَصِلِ ، وأُجْرَةِ مثلِه مُدَّةَ بقَائِه فى يَدِهِ ، وإنْ نَقَصَ ضَمِنَ نَقْصَهُ ؛ لأنَّها جُمْلَةٌ مَضْمُونَةٌ ، فأَجْزاؤُها تكونُ مَضْمُونَةً أيضًا . وإنْ تَلِفَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، فعليه ضَمانُه بقِيمَتِه يومَ التَّلَفِ . قاله القاضِى . ولأنَّ أحْمَدَ نَصَّ عليه فى الغَصْبِ . ولأنَّه قَبَضَه بإذْنِ مالِكِه ، فأشْبَهَ العارِيَّةَ . وذَكَرَ الخِرَقِىُّ فى الغَصْبِ ، أنَّه يَلْزَمُه قِيمَتُه أكْثَرَ ما كانت . فيُخَرَّجُ هـٰهنا كذلك . ولأَصْحابِ الشافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ .

فصل : فإنْ كان المَبِيعُ أَمَةً ، فَوَطِئَها [٢٠٤/٣ظ] المُشْتَرِى ، فلا حَدَّ عليه ؛ لاعْتِقَادِه أنَّها مِلْكُه ، ولأنَّ فى المِلْكِ اخْتِلَافًا . وعليه مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّ الحَدَّ إذا سَقَطَ للشُّبْهَةِ ، وَجَبَ المَهْرُ . ولأنَّ الوَطْءَ فى مِلْكِ الغَيْرِ يُوجِبُ المَهْرَ . وعليه أَرْشُ البَكَارَةِ ، إنْ كانَتْ بِكْرًا . فإنْ قيلَ : أليس إذا تَزَوَّجَ امرأةً تَزْوِيجًا فاسِدًا ، فَوَطِئَها ، فأزَالَ بكَارَتَها ، لا يَضْمَنُ البَكَارَةَ ؟ قُلْنا : لأنَّ النِّكَاحَ تَضَمَّنَ الإذْنَ فى الوَطْءِ المُذْهِبِ للبَكَارَةِ ؛ لأنَّه مَعْقُودٌ على الوَطْءِ ، ولا كذلك البَيْعُ ؛ لأنَّه ليس بمَعْقُودٍ على الوَطْءِ ،

الإنصاف

الصَّحيحُ ، فلا يَعْتِقُ . وهى طَرِيقَةُ أبِى الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » . واخْتارَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، وهو احْتِمالٌ فى « الحاوِى » وغيرِه . قال ابنُ رَجَبٍ : وفى هذه الطَّرِيقَةِ ضَعْفٌ . وبيَّنَه . الثَّانى ، أنَّ عِتْقَه على البائعِ ؛ لثُبوتِ الخِيارِ له ، فلم تَنْقَطِعْ عُلْقَتُه عن المَبِيعِ بعدُ . وهى طَرِيقَةُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، وأبى الخَطَّابِ . الثَّالثُ ، أنَّه يَعْتِقُ على البائعِ عَقِبَ إيجابِه ، وقبلَ قَبُولِ المُشْتَرِى . وهى طَرِيقَةُ ابنِ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

بدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ شِراءُ مَنْ لا يَحِلّ وَطْؤُها . فإنْ قيلَ : فإذا أَوْجَبْتُم مَهْرَ بِكْرٍ ، فكيف تُوجِبُونَ ضمانَ البَكَارَةِ ، وقد دَخَلَ ضمانُها فى المَهْرِ ؟ وإذا أَوْجَبْتُم ضمانَ البَكَارَةِ ، فكيف تُوجِبُونَ مَهْرَ بِكْرٍ ، وقد أَدَّى عِوَضَ البَكَارَةِ بضَمانِه لها ، فجرَى مَجْرَى مَنْ أَزَالَ بكارَتَها بإصْبَعِه ، ثم وَطِئَها ؟ قُلْنا : لأَنَّ مَهْرَ البِكْرِ ضمانُ المَنْفَعَةِ ، وأَرْشَ البَكَارَةِ ضمانُ جُزْءٍ ، فلذلك اجْتَمَعَا ، وأمّا الثانِى ، فإنَّه إذا وَطِئَها بِكْرًا ، فقد اسْتَوْفَى نَفْعَ هذا الجُزْءِ ، فَوَجَبَتْ قِيمَةُ ما اسْتَوْفَى مِن نَفْعِه ، وإذا أَتْلَفَه وَجَبَ ضمانُ عَيْنِه ، ولا يَجُوزُ أن يَضْمَنَ العَيْنَ ويُسْقِطَ ضمانَ المَنْفَعَةِ ، كما لو غَصَبَ عَيْنًا ذاتَ مَنْفَعَةٍ ، فاسْتَوْفَى مَنْفَعَتَها ، ثم أَتْلَفَها ، أو غَصَبَ ثَوْبًا ، فلَبِسَه حتى أَبْلاهُ وأَتْلَفَه ، فإنَّه يَضْمَنُ القِيمَةَ والمَنْفَعَةَ ، كذا هٰهُنا .

فصل : وإنْ وَلَدَت كان وَلَدُها حُرًّا ؛ لأَنَّه وَطِئَها بشُبْهَةٍ ، ويَلْحَقُ به ؛ لذلك ، ولا وَلاءَ عليه ؛ لأَنَّه حُرُّ الأَصْلِ ، وعلى الوَاطِئِ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه ؛ لأَنَّه يومُ الحَيْلُولَةِ بَيْنَه وبينَ صاحِبِه . فإنْ سَقَطَ مَيْتًا لم يَضْمَنْ ؛ لأَنَّه إنَّما يَضْمَنُه حينَ وَضْعِه ، ولا قِيمَةَ له حِينَئِذٍ . فإنْ قيلَ : فلو ضَرَبَ بَطْنَها فأَلْقَتْ جَنِينًا مَيْتًا وَجَبَ ضَمانُه . قُلْنا : الضّارِبُ يَجِبُ عليه غُرَّةٌ ، وهٰهُنا يَضْمَنُه بقِيمَتِه ، ولا قِيمَةَ له ، ولأَنَّ الجانِىَ أَتْلَفَه وقَطَعَ نَماءَه ، وهٰهُنا يَضْمَنُه

الإنصاف

أبى مُوسى ، وصاحِبِ « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحِ . وصاحِبِ « التَّلْخِيصِ » ، وغيرِهم ؛ لأَنَّه علَّقَه على بَيْعِه ، وبَيْعُه الصَّادِرُ منه هو الإيجابُ فقط ، ولهذا سُمِّىَ بائعًا . قال ابنُ رَجَبٍ : وفيه نظَرٌ . وهو كما قال . الرَّابعُ ، أنَّه يعْتِقُ على البائعِ فى حالَةِ انْتِقالِ المِلْكِ إلى المُشْتَرِى ، حيثُ يترَتَّبُ على الإيجابِ

الشرح الكبير

بالحَيْلُولَةِ (١ بينه وبينَ سَيِّدِه ، وَوَقْتُ الحَيْلُولةِ وَقْتُ السُّقُوطِ ، وكان مَيِّتًا ، فلم يجبْ ضَمانُه ، وعليه ضَمانُ نقْصِ الوِلادةِ ١) . فإن كان الضَّارِبُ أَجْنبيًّا ، فألْقَتْ جَنينًا مَيْتًا ، فعلى الضّارِبِ غُرَّةٌ ؛ عَبْدٌ أو أَمَةٌ ، للسَّيِّدِ أقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِن دِيَةِ الجَنِينِ ، أو قِيمتِه يومَ سَقَطَ ؛ لأَنَّ ضمان الضّارِبِ له قامَ مَقامَ خُرُوجِه حَيًّا ، ولذلك ضَمِنَه للبائعِ . وإنَّما كان للسَّيِّدِ أقلُّ الأَمْرَيْنِ ؛ لأنَّ الغُرَّةَ إنْ كانتْ أَكْثَرَ مِن القِيمَةِ ، فالباقِى منها لوَرَثَتِه ؛ لأَنَّه حَصَلَ بالحُرِّيَّةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ السَّيِّدُ منها شيئًا . وإنْ كانَتْ أقَلَّ ، لم يَكُنْ على الضّارِبِ أكثرُ منها ؛ لأَنَّهُ بسَبَبِ ذلك ضَمِنَ . وإنْ ضَرَبَ الواطِئُ بَطْنَها ، فألْقَتِ الجَنِينَ مَيْتًا ، فعليه الغُرَّةُ أيضًا ، ولا يَرِثُ منها شيئًا ، وللسَّيِّدِ أقَلُّ الأَمْرَيْنِ ، كما ذَكَرْنا . وإنْ سَلَّمَ الجارِيَةَ المَبِيعَةَ إلى البائعِ حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه ، ضَمِنَ نَقْصَ الوِلادَةِ ، وإنْ تَلِفَتْ بذلك ضَمِنَها ؛ لأَنَّ تَلَفَها بسَبَبٍ منه . وإنْ مَلَكَها الواطِئُ ، لم تَصِرْ بذلك أُمَّ وَلَدٍ ، على الصَّحِيحِ مِن المَذْهَبِ ؛ [٣/٢٥٥و] لأَنَّها عَلِقَتْ منه فى غيرِ مِلْكِه ، فأشْبَهَ(٢) الزَّوْجَةَ . وهكذا كُلُّ مَوْضِعٍ حَبِلَتْ فى مِلْكِ غيرِه ، لا تَصِيرُ له أُمَّ وَلَدٍ بهذا .

الإنصاف

والقَبُولِ انْتِقالُ المِلْكِ ، وثُبوتُ العِتْقِ ، فيتدافَعان ، ويَنْفُذُ العِتْقُ لقُوَّتِه [٢/٦٩ظ] وسِرايَتِه ، دُونَ انْتِقالِ المِلْكِ . وهى طَرِيقَةُ أبى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . قال ابنُ رَجَبٍ : ويَشْهَدُ لها تَشْبِيهُ أحمدَ بالمُدَبَّرِ والوَصِيَّةِ . الخامسُ ، أنَّه يعتِقُ بعدَ انْعِقادِ البَيْعِ وصِحَّتِه ، وانْتِقالِ المَبِيعِ إلى المُشْتَرِى ، ثم يَنْفَسِخُ البَيْعُ بالعِتْقِ على

(١ - ١) فى م : « بعينه » .

(٢) فى م : « فأشبهت » .

الشرح الكبير

فصل : إذا باعَ المُشْتَرِى المَبِيعَ الفاسِدَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه باعَ مِلْكَ غَيْرِه بغيرِ إذْنِه ، وعلى المُشْتَرِى رَدُّه على البائعِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّه مالِكُه ، ولبائِعِه أَخْذُه حيث وجَدَه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانِى بالثَّمَنِ على الذى باعه ، ويَرْجِعُ الأَوَّلُ على بائِعِه . فإن تَلِفَ فى يَدِ الثانِى ، فللبَائعِ مُطَالَبَةُ مَن شاء منهما ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ ضامِنٌ ، والثانِىَ قَبَضَه مِن يَدِ ضامِنِه بغيرِ إذْنِ صاحِبِه ، فكانَ ضامِنًا . فإنْ كانت قِيمَتُه أَكْثَرَ مِن ثَمَنِه فضَمِنَ الثانِى ، لم يَرْجِعْ بالفَضْلِ على الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن ضَمِنَ الأَوَّلُ ، رَجَع بالفَضْلِ على الثانِى .

فصل : وإنْ زادَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى بسِمَنٍ أو نحوِه ، ثم نَقَص حتى عادَ إلى ما كانَ عليه ، أو وَلَدَتِ الأَمَةُ فى يَدِ المُشْتَرِى ثم ماتَ وَلَدُها ، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَ تِلْكَ الزِّيادَةَ ؛ لأَنَّها زِيادَةٌ فى عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، أَشْبَهَتِ الزِّيادَةَ فى المَغْصُوبِ ، واحْتَمَلَ أن لا يَضْمَنَها ؛ لأَنَّه دَخَلَ على أن لا يَكُونَ فى مُقابَلَةِ الزِّيادَةِ عِوَضٌ . فعلى هذا تَكُونُ الزِّيادَةُ أَمانَةً فى يَدِه ؛ إن تَلِفَتْ بتَفْرِيطِه أو عُدْوانِه ، ضَمِنَها ، وإلَّا فَلَا . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ بعدَ زِيادَتِها ، أُسْقِطَتْ تلك الزِّيادَةُ مِن القِيمَةِ ، وضَمِنَها بما بَقِىَ مِن القِيمَةِ حينَ التَّلَفِ . قال القاضِى : وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ .

الإنصاف

البائعِ . وصرَّح بذلك القاضى فى « خِلافِه » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » ، والمَجْدُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، وتَشْبِيهه بالوَصِيَّةِ . وسلَكَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّين طرِيقًا سادِسًا ، فقال : إنْ كان المُعَلِّقُ للعِتْقِ قصْدُه اليَمِينُ دُونَ التَّبرُّرِ بعِتْقِه ، أجْزأَه كفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لأَنَّه إذا باعَه خرَج عن مِلْكِه ، فَبَقِىَ كنَذْرِه أنْ يَعْتِقَ عَبْدَ غيرِه ،

الشرح الكبير

فصل : وإذا باعَ بَيْعًا فاسِدًا ، وتَقابَضا ، ثم أتْلَفَ البائعُ الثَّمنَ ، ثم أفْلَسَ ، فله الرُّجُوعُ فى المَبِيعِ ، والمُشْتَرِى أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : المُشْتَرِى أحَقُّ بالمَبِيعِ مِن سائِرِ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه فى يَدِه ، فكانَ أحَقَّ به ، كالمُرْتَهِنِ . ولَنا ، أنَّه لم يَقْبِضْه وَثِيقَةً ، فلم يَكُنْ أحَقَّ به ، كما لو كان وَدِيعَةً عنده ، بخِلافِ المُرْتَهِنِ ، فإنّه قَبَضَه على أنَّه وَثِيقَةٌ بحَقِّه .

فصل : وإذا قال : بِعْ عَبْدَكَ مِن فُلانٍ بألْفٍ ، على أنَّ عَلَىَّ خَمْسَمائةٍ . فباعَهُ بهذا الشَّرْطِ ، فالبَيْعُ فاسِدٌ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ أن يكونَ جَمِيعُه على المُشْتَرِى ، فإذا شَرَطَ كَوْنَ بَعْضِه على غيرِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ المَبِيعَ ، والثّمنُ على غَيْرِه ، ولا يُشْبِهُ هذا ما لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ - أو - طَلِّقِ امْرَأتَكَ وعَلَىَّ خَمْسُمائةٍ . لكَوْنِ هذا عِوَضًا فى مُقابَلَةِ فَكِّ الزَّوْجَةِ ورَقَبَةِ العَبْدِ ، ولذلك لم يَجُزْ فى النِّكاحِ . أمّا فى مَسْألَتِنا ، فإنّه مُعاوَضَةٌ فى مُقابَلَةِ نَقْلِ المِلْكِ ، فلا يَثْبُتُ ؛ لأنَّ العِوَضَ على غَيْرِه . وإن كان هذا القَوْلُ على وَجْهِ الضَّمانِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ولَزِمَ الضَّمانُ .

الإنصاف

فتُجزِئُه الكَفّارَةُ ، وإنْ قَصَد به التَّقَرُّبَ ، صارَ عِتْقُه مُسْتَحَقًّا كالنَّذْرِ ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه ، ويكونُ العِتْقُ مُعَلَّقًا على صُورَةِ البَيْعِ كما لو قال ، لِما لا يحِلُّ بَيْعُه : إذا بِعْتُه فعلَىَّ عِتْقُ رَقَبَةٍ . أو قال لأُمِّ وَلَدِه : إنْ بِعْتُكِ فأنتِ حُرَّةٌ . انتهى كلامُ ابنِ رَجَبٍ . فلَقد أجادَ ، وله على هذه الطُّرُقِ اعْتِراضاتٌ ومُؤَاخَذاتٌ ، لا يَلِيقُ ذِكْرُها هنا ، وذلك فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والخَمْسِين » . ويأْتِى فى أَواخِرِ بابِ الإقْرارِ بالمُجْمَلِ لو قال لعَبْدِه : إنْ أقْرَرْتُ بك لزَيْدٍ ، فأنتَ حُرٌّ . أو : فأنتَ حُرٌّ ساعةَ إقْرارِى .

المقنع

الثَّالِثُ ، أَنْ يَشْتَرِطَ شَرْطًا يُعَلِّقُ الْبَيْعَ ، كَقَوْلِهِ : بِعْتُكَ إِنْ جِئْتَنِي بِكَذَا . أَوْ : إِنْ رَضِيَ فُلَانٌ . [٩٥ظ] أَوْ يَقُولَ لِلْمُرْتَهِنِ : إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ فِي مَحِلِّهِ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ. فَلَا يَصِحُّ الْبَيْعُ، إِلَّا بَيْعَ الْعُرْبُونِ؛ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئًا، وَيُعْطِيَ الْبَائِعَ دِرْهَمًا، وَيَقُولَ: إِنْ أَخَذْتُهُ، وَإِلَّا فَالدِّرْهَمُ لَكَ. فَقَالَ أَحْمَدُ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: يَصِحُّ؛ لأَنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَعَلَهُ. وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ، لَا يَصِحُّ.

الشرح الكبير

(الثالثُ ، أن يَشْتَرِطَ شَرْطًا يُعَلِّقُ البَيْعَ ، كقَوْلِه : بِعْتُكَ إن جِئْتَنِي بكذا . أو : إن رَضِيَ فلانٌ) فلا يَصِحُّ البَيْعُ ؛ لأنَّه عَلَّقَ البَيْعَ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما إذا قال : بِعْتُكَ إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ .

١٥٩٨ – مسألة : وكذلك إذا قال[1] : (إن جِئْتُكَ بحَقِّكَ فى مَحِلِّه ، وإلَّا فالرَّهْنُ لَكَ . فلا يَصِحُّ البَيْعُ ، إلَّا بَيْعَ العُرْبُونِ ؛ وهو أن يَشْتَرِيَ شَيْئًا ، ويُعْطِيَ البائِعَ دِرْهَمًا [٢٥٥/٣ظ] ويقولَ : إن أَخَذْتُه ، وإلَّا فالدِّرْهَمُ لَكَ . فقال أحمدُ : يَصِحُّ ؛ لأَنَّ عمرَ فَعَلَه . وعند أبى الخَطَّابِ) أنَّه (لا يَصِحُّ) ومِمَّن رُوِىَ عنه القَوْلُ بفَسادِ الشَّرْطِ ؛ ابنُ عمرَ ، وشُرَيْحٌ ،

الإنصاف

قوله : الثَّالِثُ ، أَنْ يشْتَرِطَ شَرْطًا يُعَلِّقُ البَيْعَ ، كَقَوْلِه : بِعْتُك إنْ جِئْتَنِي بكذا . أو : إنْ رَضِيَ فُلانٌ . فلا يَصِحُّ البَيْعُ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « الفائقِ » : ففاسِدٌ ، قالَه أصحابُنا ؛ لكَوْنِه عَقْدَ مُعاوَضَةٍ . ثم قال : ونُقِلَ عن الإمامِ أحمدَ تَعْليقُه فِعْلًا منه . قال شيْخُنا : هو صحيحٌ ، وهو المُخْتارُ . انتهى .

قوله : أو يقُولَ للْمُرْتَهِنِ : إنْ جِئْتُك بحقِّك ، وإلَّا فالرَّهْنُ لك –يعْنِي ، مَبِيعًا

---

(١) بعده فى م : « المرتهن » .

الشرح الكبير

والنَّخَعِيُّ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشّافِعِيُّ ، وأَصْحابُ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ أحَدًا خالَفَهم . والأَصْلُ فى ذلك ما رَوَى مُعاوِيَةُ بنُ عبدِ اللهِ بن جَعْفَرٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ »[1] . رَواهُ الأَثْرَمُ . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأحْمدَ : ما مَعْنَى قَوْلِه : « لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ؟ قال : لا يَدْفَعُ رَهْنًا إلى رَجُلٍ ، ويقولُ : إن جِئْتُكَ بالدَّراهِمِ إلى كذا وكذا ، وإلَّا فالرَّهْنُ لَكَ . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا مَعْنَى قولِه : « لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ، عند مالِكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأحمدَ . وإنَّما فَسَدَ البَيْعُ ؛ لأنَّه مُعَلَّقٌ بشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالمسألةِ قبلها ، وكما لو قال : إن وَلَدَتْ نَاقَتِى فَصِيلًا ، فقد بِعْتُكَهُ بدِينارٍ .

الإنصاف

بما لك عندِى مِنَ الحَقِّ – فلا يصِحُّ البَيْعُ. ولا الشَّرْطُ فى الرَّهْنِ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابن مُنَجَّى » ، وغيرِهم ، وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ، ونصَّ عليه ببُطْلانِ الشَّرْطِ . وهذا مَعْنَى قوْلِه عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ »[1] . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لا يبْطُلُ الثَّانى ، وإنْ لم يَأْتِه صارَ له ، وفعَلَه الإمامُ . قالَه فى « الفائقِ » . وقال : قلتُ : فعليه ، غَلْقُ الرَّهْنِ ، اسْتِحْقاقُ المُرْتَهِنِ له بوَضْعِ العَقْدِ ، لا بالشَّرْطِ ، كما لو باعَه منه . ذكَرَه فى بابِ الرَّهْنِ . وأمَّا صِحَّةُ الرَّهْنِ ، ففيه رِوايَتان ، يأْتِيان مع الشَّرْطِ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الرَّهْنِ فى آخِرِ الفَصْلِ الأوَّلِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قَبِلَ المُرْتَهِنُ ذلك ، فهو أمانَةٌ عندَه إلى ذلك الوَقْتِ ،

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا يغلق الرهن ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨١٦ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٢٨ .

الشرح الكبير

فصل : والعُرْبُونُ فى البَيْعِ ، هو أن يَشْتَرِىَ السِّلْعَةَ ، ويَدْفَعَ إلى البائِعِ دِرْهَمًا أو أَكْثَرَ ، على أنَّه إن أَخذَ السِّلْعَةَ احْتَسَبَ به مِن الثَّمَنِ ، وإن لم يَأْخُذْها فهو للبائِعِ . يُقال : عُرْبُونٌ ، وأَرْبُونٌ ، وعُرْبَانٌ ، وأُرْبَانٌ . قال أحمدُ ، وابنُ سِيرِينَ : لا بَأْسَ به . وفَعَلَه عمرُ رَضِىَ اللهُ عنه . وعن ابنِ عمرَ ، أنّه أجازَه . وقال ابنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ سِيرِينَ : لا بَأْسَ إذا كَرِهَ السِّلْعَةَ أن يَرُدَّها ، ويَرُدَّ معها شَيْئًا . قال أحمدُ : هذا فى مَعْنَاهُ . وقال أبو الخطّابِ : لا يَصِحُّ . وهو قَوْلُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، وأَصْحابِ الرَّأْىِ . ويُرْوَى عن ابنِ عَبّاسٍ ، والحَسَنِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ ، نَهَى عن

الإنصاف

ثم يصِيرُ مَضْمُونًا ؛ لأنَّ قَبْضَه صارَ بعَقْدٍ فاسِدٍ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : والمَنْصُوصُ عن أحمدَ فى رِوايَةِ محمدِ بنِ الحَسَنِ ابنِ هارُونَ[1] ، أنَّه لا يضْمَنُه بحالٍ . ذكَرَه القاضى فى « الخِلافِ » ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يفْسُدُ ، فيَصِيرُ وُجودُه كعَدَمِه . الثَّانيةُ ، يصِحُّ شَرْطُ رَهْنِ المَبِيعِ على ثَمَنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، فيقولُ : بِعْتُك على أنْ تَرْهَنَه بثَمَنِه . وقيل : لا يصِحُّ . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والقاضى . ولو قال : إنْ ، أو إذا رَهَنْتَنِيه ، فقد بِعْتُك . فبَيْعٌ مُعَلَّقٌ بشَرْطٍ . وأجابَ [٢/٧٠و] أبو الخَطَّابِ ، وأبو الوَفاءِ ، إن قال : بِعْتُك على أنْ تَرْهَنَنِى . لم يصِحَّ . وإنْ قال : إذا رَهَنْتَنِيه على ثَمَنِه وهو كذا ، فقد بِعْتُك ، فقال : اشْتَرَيْتُ ورَهَنْتُها عندَك على الثَّمَنِ . صحَّ الشِّراءُ والرَّهْنُ .

قوله : إلَّا بَيْعَ العُرْبُونِ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ بَيْعَ العُرْبُونِ صَحيحٌ ، وعليه

---

(١) محمد بن الحسن بن هارون بن بدينا الموصلى ، أبو جعفر ، سكن بغداد ، وحدث بها عن الإمام أحمد . توفى سنة ثلاث وثلاثمائة . طبقات الحنابلة ١/٢٨٨ - ٢٩٠ .

الشرح الكبير

بَيْعِ العُرْبُونِ . رَواهُ ابنُ ماجَه[1] . ولأنَّه شَرَطَ للبائعِ شَيْئًا بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَه لأَجْنَبِىٍّ ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ الخيارِ المَجْهُولِ ، فإنَّه اشْتَرَطَ أنَّ له رَدَّ المَبِيعِ مِن غيرِ ذِكْرِ مُدَّةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : وَلِىَ الخِيارُ مَتَى شِئْتُ رَدَدْتُ السِّلْعَةَ ومعها دِرْهَمًا . قال شَيْخُنا[2] : وهذا هو القِياسُ . وإنَّما صارَ أحمدُ فيه إلى ما رُوِىَ عن نافِعِ بنِ عبدِ[3] الحارِثِ ، أنَّه اشْتَرَى لعمرَ دارَ السِّجْنِ مِن صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ ، فإن رَضِىَ عمرُ ، وإلَّا فلَهُ كذا وكذا[4] . قال الأَثْرَمُ : قلْتُ لأحمدَ : تَذْهَبُ إليه ؟ قال : أىُّ شىءٍ أقولُ ؟ هذا عُمَرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وضَعَّفَ الحَدِيثَ المَرْوِىَّ . رَوَى هذه القِصَّةَ الأَثْرَمُ بإسْنادِه .

الإنصاف

أكثرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعندَ أبى الخَطَّابِ ، لايصِحُّ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . قال المُصَنِّفُ : وهو القِياسُ . وأطْلَقَهما فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . لكِنْ قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : المَنْصُوصُ ، الصِّحَّةُ فى العَقْدِ والشَّرْطِ .

---

(١) فى : باب بيع العربان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٨ ، ٧٣٩ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العربان ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى بيع العربان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٠٩ .

(٢) فى : المغنى ٦/٣٣١ .

(٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٧٥ .

الشرح الكبير

فصل : فأمَّا إن دَفَعَ إليه قبلَ البَيْعِ دِرْهَمًا ، وقال : لا تَبِعْ هذه السِّلْعَةَ لغَيْرِى ، وإن لم أشْتَرِها منك فهذا الدِّرْهَمُ لَكَ . ثم اشْتَرَاهَا منه بعدَ ذلك بعَقْدٍ مُبْتَدَأٍ وحَسَبَ الدِّرْهَمَ مِن الثَّمَنِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ البَيْعَ خَلَا عن الشَّرْطِ المُفْسِدِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الشِّرَاءَ الذى اشْتُرِىَ لِعمرَ كان على هذا الوَجْهِ ، فيُحْمَلُ عليه جَمْعًا بين فِعْلِه وبين الخَبَرِ ، ومُوافَقَةِ القِياسِ والأئِمَّةِ القَائِلِين بفَسادِ بَيْعِ العُرْبُونِ . وإن لم يَشْتَرِ السِّلْعَةَ فى هذه الصُّورَةِ ، لم يَسْتَحِقَّ البائِعُ الدِّرْهَمَ ؛ لأنَّهُ يَأْخُذُه بغَيْرِ عِوَضٍ ، ولصاحِبِه الرُّجُوعُ فيه ، ولا يَصِحُّ جَعْلُه عِوَضًا عن انْتِظَارِه وتَأْخِيرِ بَيْعِه مِن أَجْلِه ؛ لأنَّه لو كان عِوَضًا عن ذلك ، لَما جازَ جَعْلُه مِن الثَّمَنِ فى حالِ الشِّرَاءِ ، ولأنَّ الانْتِظارَ بالبَيْعِ لا تَجُوزُ المُعَاوَضَةُ عنه ، ولو جازَتْ لَوَجَبَ أن يكونَ مَعْلُومَ المِقْدارِ ، كما فى الإجارَةِ . [٢٥٦/٣و]

الإنصاف

قوله : وهو أنْ يشْتَرِىَ شَيْئًا ، ويُعْطِىَ البائِعَ دِرْهمًا ، ويقُولَ : إنْ أَخَذْتُه وإلَّا فالدِّرْهَمُ لك . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ هذه صِفَةُ بَيعِ العُرْبُونِ . ذكَرَه الأصحابُ ، وسواءٌ وقَّت أو لم يُوقِّتْ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : العُرْبُونُ أنْ يقولَ : إنْ أخَذْتُ المَبِيعَ ، وجِئْتُ بالباقِى وَقْتَ كذا ، وإلَّا فهو لك . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

فائدة : إجارَةُ العُرْبُونِ كبَيْعِ العُرْبُونِ . قالَه الأصحابُ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، أنَّ الدِّرْهَمَ للبائعِ أو للمُؤْجِرِ إنْ لم يأْخُذِ السِّلْعَةَ أو يسْتَأْجِرْها . وصرَّح بذلك النَّاظِمُ ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وهو ظاهِرُ

المقنع

وَإِنْ قَالَ : بِعْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْقُدَنِى الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثٍ ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا . فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٥٩٩ – مسألة : (وإن قال : بِعْتُكَ على أن تَنْقُدَنِى الثَّمَنَ إلى ثَلاثٍ) أو : مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ (وإلَّا فَلا بَيْعَ بَيْنَنا . فالبَيْعُ صَحِيحٌ . نَصَّ عليه) وهذا قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ ، ومحمدِ بنِ الحَسَنِ . وقال به أبو ثَوْرٍ ، إذا كان الشرطُ[1] إلى ثَلاثٍ . وحُكِىَ مثلُ قَوْلِه عن ابنِ عمرَ . وقال مالِكٌ : يَجُوزُ فى اليَوْمَيْنِ والثَّلاثَةِ ونَحْوِها ، وإن كان عِشْرِينَ لَيْلَةً فُسِخَ البَيْعُ . وقال الشّافِعِىُّ ، وزُفَرُ : البَيْعُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه عَلَّقَ فَسْخَ البَيْعِ على غَرَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَهُ بقُدُومِ زَيْدٍ . ولَنا ، أنَّه يُرْوَى عن عمرَ ، ولأنَّه عَلَّقَ رَفْعَ العَقْدِ بأمْرٍ يَحْدُثُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فجازَ ، كما لو شَرَطَ

الإنصاف

كلامِ الشَّارِحِ ، وقالَه شيْخُنا فى « حَواشِى الفُروعِ » . وقال فى « المُطْلِعِ » : يكونُ للمُشْتَرِى مَرْدُودًا إليه إنْ لم يَتِمَّ البَيْعُ ، وللبائعِ مَحْسُوبًا مِنَ الثَّمَنِ إنْ تَمَّ البَيْعُ . ولم أرَ مَن وافَقَه .

قوله : وإنْ قال : بِعْتُك على أنْ تَنْقُدَنِى الثَّمَنَ إلى ثلاثٍ ، وإلَّا فلا بيْعَ بيننا . فالبَيْعُ صَحِيحٌ . نصَّ عليه . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . يعْنِى ، أنَّ البَيْعَ والشَّرْطَ صَحِيحان . فإنْ مضَى الزَّمَنُ الذى وَقَّتَه له ، ولم يَنْقُدْه الثَّمَنَ ، انْفَسَخَ العَقْدُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يبْطُلُ البَيْعُ بفَواتِه .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهَ ، وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ ، لَمْ يَبْرَأْ . وَعَنْهُ ، يَبْرَأُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ عَلِمَ الْعَيْبَ ، فَكَتَمَهُ .

الشرح الكبير

الخِيارَ ، ولأنَّهُ بَيْعٌ ، فجازَ أن يَنْفَسِخَ بتأْخِيرِ القَبْضِ ، كالصَّرْفِ ، ولأنَّ هذا بمَعْنَى شَرْطِ الخِيارِ ؛ لأنَّه كما يَحْتاجُ إلى التَّرَوِّى فى المَبِيعِ ، هل يُوافِقُه أوْ لَا ؟ يَحْتاجُ إلى التَّرَوِّى فى الثَّمَنِ ، هل يَصِيرُ مَنْقُودًا ، أوْ لَا ؟ فهما شَبِيهانِ[1] فى المَعْنَى وإن تَغايَرَا فى الصُّورَةِ ، إلَّا أنَّه فى الخِيارِ يَحْتاجُ إلى الفَسْخِ ، وهذا يَنْفَسِخُ إذا لم يَنْقُدْ فى المُدَّةِ المَذْكُورَةِ ؛ لأنَّه جعَلَه كذلك .

١٦٠٠ – مسألة : (وإن باعَه ، وشَرَطَ البَراءَةَ مِن كُلِّ عَيْبٍ ، لم يَبْرَأْ . وعنه ، يَبْرَأُ ، إلَّا أن يكونَ البائِعُ عَلِمَ العَيْبَ ، فكَتَمَه) . اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى هذه المسألةِ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّه لا يَبْرَأُ ، إلَّا أن يَعْلَمَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ . وهو قَوْلُ الشّافِعِىِّ . وقال إبراهيمُ ، والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ : لا يَبْرَأُ إلَّا مِمّا سمّى . وقال شُرَيْحٌ : لا يَبْرَأُ إلَّا مِمّا أراه أو وَضَعَ

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَه وشرَط البَراءَةَ مِن كُلِّ عَيْبٍ ، لم يبْرَأْ . وكذا لو باعَه ، وشرَط البَراءةَ مِن عَيْبٍ كذا إنْ كان . وهذا المذهبُ فى ذلك بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال أبو الخَطَّابِ وجماعَةٌ : لأنَّه خِيارٌ يثْبُتُ بعدَ البَيْعِ فلا يَسْقُطُ ، كالشُّفْعَةِ . واعْتَمدَ عليه فى « عُيونِ المَسائلِ » . وعنه ، يَبْرَأُ إلَّا أنْ يكونَ البائعُ عَلِمَ العَيْبَ فكتَمَه . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ونَقل ابنُ هانِئٍ ، إنْ عيَّنَه صحَّ . ومَعْناه ، نَقْلُ ابنِ القاسِمِ وغيرِه ، لا يبْرَأُ إلَّا أنْ يُخْبِرَه بالعُيوبِ كلِّها ؛

---

(١) فى الأصل ، ر ١ ، ق : « شيئان » .

الشرح الكبير

يَدَه عليه . (١ورُوِىَ نحوُه عن عطاءٍ ، والحسنِ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّه مُرْفَقٌ فى البَيْعِ ، لا يَثْبُتُ إلَّا بالشَّرْطِ ، فلم يَثْبُتْ مع الجهلِ ، كالخِيارِ١) . ورُوِىَ عنه ، أنَّه يَبْرَأُ مِن كُلِّ عَيْبٍ لم يَعْلَمْه ، ولا يَبْرَأُ مِن عَيْبٍ عَلِمَه . يُرْوَى ذلك عن عثمانَ ، ونحوُه عن زَيْدِ بنِ ثابتٍ[٢] . وهو قولُ مالِكٍ . وقولُ الشّافِعِىِّ فى الحَيَوانِ خاصَّةً ، لِما رُوِىَ أنَّ عبدَ اللهِ بنَ عمرَ باعَ زَيْدَ ابنَ ثابتٍ عَبْدًا بشَرْطِ البَراءَةِ بثمانِمائَةِ دِرْهَمٍ ، فأَصابَ به زَيْدٌ عَيْبًا ، فأَرادَ رَدَّه على ابنِ عمرَ ، فلم يَقْبَلْه ، فتَرَافَعَا إلى عثمانَ ، فقال عثمانُ لابنِ عمرَ : تَحْلِفُ أنّكَ لم تَعْلَمْ بهذا العَيْبِ ؟ قال : لَا . فرَدَّه عليه ، فباعَه ابنُ عمرَ بألْفِ دِرْهَمٍ . رَواه الإمامُ أحمدُ[٣] . وهذه قِصَّةٌ اشْتَهَرَتْ ، فلم تُنْكَرْ ، فكانَتْ إجْمَاعًا . ويَتَخَرَّجُ أن يَبْرَأَ مِن العُيُوبِ كُلِّها بالبَراءَةِ . وحَكاه بعضُ أَصْحَابِنَا رِوايَةً عن أحمدَ ، بناءً على جَوازِ البَراءَةِ مِن المَجْهُولِ . ورُوِىَ هذا عن ابنِ عمرَ . وهو قولُ أَصْحابِ الرَّأْىِ ، وقولُ الشَّافِعِىِّ ، لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ،

الإنصاف

لأنَّه مُرْفَقٌ فى البَيْعِ ، كالأَجَلِ والخِيارِ . وقال فى « الانْتِصارِ » : الأَشْبَهُ بأُصولِنا نَصْرُ الصِّحَّةِ ، كالبَراءَةِ مِنَ المَجْهولِ . وذكَرَه هو وغيرُه رِوايَةً ، وذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » قوْلًا . وهو تخْريجٌ فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : خرَّج أصحابُنا الصِّحَّةَ مِنَ البَراءَةِ مِنَ المَجْهولِ [٧٠/٢ظ] ، واخْتارَه فى « الفائقِ » .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب بيع البراءة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣٢٨/٥ .

(٣) لم نجده فى المسند . وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب العيب فى الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦١٣/٢ .

الشرح الكبير

فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « اسْتَهِمَا ، وتَوَخَّيَا ، ولْيَحْلِلْ كُلُّ واحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَه »[1] . وهذا يَدُلُّ على أنَّ البَرَاءَةَ مِن المَجْهُولِ جائِزَةٌ . ولأنَّهُ إسْقَاطُ حَقٍّ لا تَسْلِيمَ فيه ، فصَحَّ في المَجْهُولِ ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ ، ولا فَرْقَ بينَ الحَيَوانِ[2] وغيرِه ، فما ثَبَت في أحَدِهما ثَبَت في الآخَرِ ، وقولُ عثمانَ قد خالَفَه ابنُ عمرَ ، فلا يَبْقَى حُجَّةٌ .

فصل : [٢٥٦/٣ظ] وإذا قُلْنَا بفَسَادِ هذا الشَّرْطِ ، لم يَفْسُدْ به البَيْعُ . في ظاهِرِ المَذْهَبِ . وهو وَجْهٌ لأَصْحَابِ الشّافِعِيِّ ؛ لِما ذَكَرْنَا من قَضِيَّةِ ابنِ عمرَ ، فإنَّهُم أجْمَعُوا على صِحَّتِها . فعلى هذا ، لا يُمْنَعُ الرَّدُّ بوُجودِ الشَّرْطِ ، ويكونُ وُجُودُه كعَدَمِه . وعن أحمدَ في الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ رِوَايَتَانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَفْسُدُ بها العَقْدُ ، فيَدْخُلُ فيها هذا البَيْعُ ؛ لأَنَّ البائِعَ إنَّما رَضِيَ بهذا الثَّمَنِ عِوَضًا عن مالِه بهذا الشَّرْطِ ، فإذا فَسَدَ الشَّرْطُ فاتَ الرِّضَا به ، فَيَفْسُدُ البَيْعُ ؛ لعَدَمِ التَّرَاضِي .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ظاهِرُ قوْلِ المُصَنِّفِ : لم يَبْرَأْ . أنَّ هذا الشَّرْطَ لا تأْثِيرَ له في البَيْعِ ، وأنَّه صَحيحٌ . وهو صَحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وقيل : يفْسُدُ البَيْعُ به . وهو تخْرِيجٌ لأبى الخَطَّابِ ، وصاحِبِ « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » . قال الشَّارِحُ وغيرُه : وعنِ الإمامِ أحمدَ في الشُّروطِ الفاسِدَةِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يفْسُدُ بها العَقْدُ . فيدْخُلُ فيها هذا البَيْعُ . انتهى . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ

---

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في قضاء القاضى إذا أخطأ ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٠/٦ .

(٢) في الأصل ، ق ، م : « المجهول » .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ بَاعَهُ دَارًا عَلَى أَنَّهَا عَشَرَةُ أَذْرُعٍ ، فَبَانَتْ أَحَدَ عَشَرَ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَالزَّائِدُ لِلْبَائِعِ ،....

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإنْ باعَهُ دَارًا) أو ثَوْبًا (على أنَّه عَشَرةُ أَذْرُعٍ ، فبانَ أحدَ عَشَرَ ، فالبَيْعُ باطِلٌ) لأنَّه لا يُمْكِنُ إجْبارُ البائعِ على تَسْلِيمِ الزِّيادَةِ ، وإنَّما باعَ عَشَرَةً ، ولا المُشْتَرِى على أَخْذِ البَعْضِ ، وإنَّما اشْتَرَى الكُلَّ ، وعليه ضَرَرٌ فى الشَّرِكَةِ أيضًا . (وعنه ، أنَّه صَحِيحٌ ، والزِّيادَةُ للبائعِ) لأنَّ ذلك نَقْصٌ على المُشْتَرِى ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ البَيْعِ ، كالمَعِيبِ ، ثم يُخَيَّرُ البائعُ بينَ تَسْلِيمِ المَبِيعِ زَائِدًا ، وبينَ تَسْلِيمِ العَشَرَةِ ، فإنْ رَضِىَ بتَسْلِيمِ الجَمِيعِ ، فلا خِيارَ للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه زادَه خَيْرًا ، وإنْ

الإنصاف

وغيرِه ، أنَّ العَيْبَ الظَّاهِرَ والباطِنَ سَواءٌ . وهو صحيحٌ . صرَّح به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقال فى « الفُروعِ » : وفيه – فى عَيْبٍ باطِنٍ ، وجُرْحٍ لا يُعْرَفُ غَوْرُه – احْتِمالان . وقال أيضًا : وإنْ باعَه على أنَّه به ، وأنَّه بَرِئٌ منه ، صحَّ .

قوله : وإنْ باعَه دارًا على أنَّها عَشَرَةُ أَذْرُعٍ ، فبانَتْ أحدَ عَشَرَ ، فالْبَيْعُ باطِلٌ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قال النَّاظِمُ : وهو أَوْلَى . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وعنه ، أنَّه صَحِيحٌ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » . فعلى الرِّوايَةِ الأُولَى ، لا تَفْريعَ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ ، إلْزامُه للبائعِ ، كما قال المُصَنِّفُ .

المقنع

وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ . فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى إِمْضَائِهِ ، جَازَ .

الشرح الكبير

أَبى تَسْلِيمَه زائِدًا ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الفَسْخِ ، والأَخْذِ بجَمِيعِ الثَّمَنِ المُسَمَّى ، فإنْ رَضِيَ بالأَخْذِ ، أَخَذَ بالعَشَرَةِ ، والبائِعُ شَرِيكٌ له بالذِّراعِ . وهل للبائعِ خِيارُ الفَسْخِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أَوَّلُهما ، له الفَسْخُ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى المُشارَكَةِ . والثانى ، لا خِيارَ له ؛ لأَنَّه رَضِىَ بِبَيْعِ الجَمِيعِ بهذا الثَّمَنِ ، فإذا وَصَلَ إليه الثَّمَنُ مع بَقاءِ جُزْءٍ له فيه كان زِيادَةً ، فلا يَسْتَحِقُّ بها الفَسْخَ ، ولأنَّ هذا الضَّرَرَ حَصَلَ بتَغْرِيرِه ، وإخبارِه[1] بخِلافِ مُخبرِه[2] ، فلا يَنْبَغِى أنْ يُسَلَّطَ به على فَسْخِ عَقْدِ المُشْتَرِى . فإنْ بَذَلَها البائِعُ للمُشْتَرِى بثَمَنٍ ، أو طَلَبَها المُشْتَرِى بثَمَنٍ ، لم يَلْزَمِ الآخَرَ القَبُولُ ؛ لأَنَّها مُعاوَضَةٌ يُعْتَبَرُ فيها التَّراضِى مِنْهُما ، فلا يُجْبَرُ

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : ولكُلِّ واحِدٍ مِنهما الفَسْخُ . أنَّه سَواءٌ سلَّمَه البائِعُ الزَّائدَ مَجَّانًا أوْ لا . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، أنَّ محَلَّ الفَسْخِ ، إذا لم يُعْطِه الزَّائدَ مجَّانًا ، فإن أعْطاه إيَّاه مجَّانًا ، فليس له الفَسْخُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابن عَبْدُوسٍ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » .

قوله : فإنِ اتَّفَقا على إمْضَائِه جازَ . يعْنِى ، على إمْضاءِ البَيْعِ ؛ فللمُشْتَرِى أخْذُه بثَمَنِه ، وقسْطِ الزَّائدَ ، فإنْ رَضِىَ المُشْتَرِى بالأَخْذِ ، أخَذ العشَرَةَ ، والبائعُ شَرِيكٌ له بالذِّراعِ ، وهل للبائعِ خِيارُ الفَسْخِ ؟ على وَجهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ،

(١) فى م : « اختياره » .
(٢) فى م : « مجبره » .

المقنع

وَإِنْ بَانَتْ تِسْعَةً ، فَهُوَ بَاطِلٌ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ صَحِيحٌ ، وَالنَّقْصُ عَلَى الْبَائِعِ ، وَلِلْمُشْتَرِى الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَأَخْذِ الْمَبِيعِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ .

الشرح الكبير

واحِدٌ منهما عليها . وإنْ تَرَاضَيا على ذلك ، جازَ (وإنْ بانَتْ تِسْعَةً) فالبَيْعُ (باطِلٌ) لِما ذَكَرْنا (وعنه ، أَنَّه صَحِيحٌ ، والمُشْتَرِى بالخِيارِ بينَ الفَسْخِ وأَخْذِ المَبِيعِ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ) . وقال أصحابُ الشافعيِّ : ليس له إمْساكُه إلَّا بجميعِ الثَّمَنِ ، أو الفَسْخُ . بناءً على المبيعِ المَعِيبِ عندَهم . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ المَبِيعَ ناقِصًا فى القَدْرِ ، فكان له إمْساكُه بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، كالصُّبْرَةِ إذا اشْتَرَاها على أنَّها مائَةٌ ، فبانَتْ خَمْسِينَ ، وسَنُبَيِّنُ فى المَعِيبِ أنَّ له إمْسَاكَه ، وأَخْذَ الأَرْشِ . فإنْ أَخَذَها بقِسْطِها مِن الثَّمَنِ ، فلِلْبائِعِ الخِيارُ بينَ الرِّضا بذلك وبينَ الفَسْخِ ؛ لأَنَّه إنّما رَضِىَ بِبَيْعِها بكُلِّ الثَّمَنِ ، فإذا لم يَصِلْ إليه ، ثَبَتَ له الفَسْخُ . فإنْ بَذَلَ له المُشْتَرِى جَمِيعَ الثَّمَنِ ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لأَنَّه وَصَلَ إليه الثَّمَنُ الذى

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدهما ، له الفَسْخُ . قال الشَّارِحُ : أولَاهما له الفَسْخُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لاخِيارَ . وإليه مَيْلُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، فإنَّه رَدَّ تَعْليلَ الوَجْهِ الأَوَّلِ .

قوله : وإنْ بانَتْ تِسْعَةً ، فهو باطِلٌ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . قدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفائقِ » ، وقوَّاه النَّاظِمُ . وعنه ، أنَّه صَحيحٌ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . وأطْلَقَهما فى

المقنع

فَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى تَعْوِيضِهِ عَنْهُ ، جَازَ .

الشرح الكبير

رَضِيَه ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى مَعِيبًا فَرَضِيَه بجَمِيعِ الثَّمَنِ . (وإنِ اتَّفَقَا على تَعْوِيضِه عنه ، جازَ) لأَنَّها مُعَاوَضَةٌ ، فجازَتْ بتَراضِيهِما ، كغَيْرِها .

فصل : وإنِ اشْتَرَى صُبْرَةً على أنَّها عَشَرَةُ أقْفِزَةٍ ، فبانَتْ أحَدَ عَشَرَ ، رَدَّ الزّائِدَ ، ولا خِيارَ له هـٰهُنا ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ [٢٥٧/٣و] فى رَدِّ الزِّيادَةِ ، وإنْ بانَتْ تِسْعَةً ، أخَذَها بِقِسْطِها مِن الثَّمَنِ . وقد ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ أنَّه مَتَى سَمَّى الكَيْلَ فى الصُّبْرَةِ لا يكونُ قَبْضُها إلَّا بالكَيْلِ ، فإنْ وَجَدَها قدْرَ حَقِّه ، أخَذَها ، وإنْ كانت زَائِدَةً رَدَّ الزِّيادَةَ ، وإن نَقَصَتْ أَخَذَها بقِسْطِها

الإنصاف

« المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » . فعلى الرِّوايَةِ الأُولَى ، لا تَفْرِيعَ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ ، النَّقْصُ على البائعِ ، وللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الفَسْخِ ، وأخْذِ المَبِيعِ بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ . وإنِ اتَّفَقا على تَعْوِيضِه عنه ، جازَ . فإنْ أخَذَه المُشْتَرِى بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ ، فللبائعِ الخِيارُ بينَ الرِّضَى بذلك وبينَ الفَسْخِ ، فإنْ بذَلَ له المُشْتَرِى [٢/ ٧١و] جميعَ الثَّمَنِ ، لم يمْلِكِ الفَسْخَ .

فوائد ؛ إحْداها ، حُكْمُ الثَّوْبِ إذا باعَه على أنَّه عشَرَةٌ ، فبانَ أحَدَ عَشَرَ ، أو تِسْعَةً ، حُكْمُ الدَّارِ والأَرْضِ ، على ماتقدَّم ، خِلافًا ومذهبًا . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . الثَّانيةُ ، لو باعَه صُبْرَةً على أنَّها عشَرَةُ أقْفِزَةٍ ، فَبانَتْ أحَدَ عَشَرَ ، فالبَيْعُ صَحيحٌ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والزَّائدُ للبائعِ مُشاعًا ، ولا خِيارَ للمُشْتَرِى . وإنْ بانَتْ تِسْعَةً ، فالبَيْعُ صَحيحٌ ، وينْقُصُ مِنَ الثَّمَنِ بقَدْرِه ، ولا خِيارَ له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : له الخِيارُ .

الشرح الكبير

مِن الثَّمَنِ . وهل له الفَسْخُ إذا وجَدَها ناقِصَةً ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، له الخِيارُ . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه وَجَدَ المَبِيعَ ناقِصًا ، فكان له الفَسْخُ ، كغيرِ الصُّبْرَةِ ، وكنُقْصَانِ الصِّفَةِ . والثانى ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ نُقْصَانَ القَدْرِ ليس بعَيْبٍ فى الباقِى مِن الكَيْلِ ، بخِلافِ غيرِه .

الإنصاف

وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . الثَّالثةُ ، المَقْبوضُ بعَقْدٍ فاسِدٍ لا يمْلِكُ به ، ولا يَنْفُذُ تصَرُّفُه فيه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وخرَّج أبو الخَطَّابِ نَفُوذَ تصَرُّفِه فيه مِنَ الطَّلاقِ فى نِكاحٍ فاسِدٍ . فعلى المذهبِ ، يضْمَنُه كالغَصْبِ ، ويَلزَمُه ردُّ النَّماءِ المُنْفَصِلِ والمُتَّصِلِ ، وأُجْرَةُ مِثْلِه مُدَّةَ بَقائِه فى يَدِه ، وإنْ نقَص ، ضَمِنَ نقْصَه ، وإنْ تَلِفَ ، فعليه ضمَانُه بقِيمَتِه . وإنْ كانت أمَةً فوَطِئَها ، فلا حَدَّ عليه ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها ، وأرْشُ بَكارَتِها ، والوَلَدُ حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه يومَ وَضْعِه ، وإنْ سقَط مَيِّتًا لم يَضْمَنْ ، وعليه ضَمانُ نَقْصِ الوِلادَةِ . وإنْ مَلَكَها الواطِئُ ، لم تَصِرْ أمَّ وَلَدٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : بلَى . قال ذلك كلَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . ويأْتِى هذا بأتَمَّ منه فى أوَاخِرِ الخِيارِ فى البَيْعِ فيما يحْصُلُ به القَبْضُ ، وذِكْرُ الخِلافِ فيه . واللهُ أعلمُ .

المقنع

بَابُ الْخِيَارِ فِى الْبَيْعِ

[٩٦و] وَهُوَ عَلَى سَبْعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، خِيَارُ الْمَجْلِسِ ، وَيَثْبُتُ فِى الْبَيْعِ . وَالصُّلْحُ بِمَعْنَاهُ ، وَالْإِجَارَةُ . وَيَثْبُتُ فِى الصَّرْفِ ، وَالسَّلَمِ . وَعَنْهُ ، لَا يَثْبُتُ فِيهِمَا . وَلَا يَثْبُتُ فِى سَائِرِ الْعُقُودِ ، إِلَّا فِى الْمُسَاقَاةِ وَالْحَوَالَةِ وَالسَّبْقِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

بابُ الخِيَارِ فى البيعِ [(١)]

(وهو على سَبْعَةِ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُها ، خِيارُ المَجْلِسِ ، ويَثْبُتُ فى البَيْعِ . والصُّلْحُ بمَعْنَاهُ ، والإِجارَةُ . ويَثْبُتُ فى الصَّرْفِ ، والسَّلَمِ . وعنه ، لا يَثْبُتُ فيهما . ولا يَثْبُتُ فى سائِرِ العقُودِ ، إِلَّا فى المُسَاقَاةِ والحَوالَةِ والسَّبْقِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) وجُمْلَتُه ، أَنَّ خِيارَ المَجْلِسِ يَثْبُتُ فى البَيْعِ ، بمَعْنَى أَنَّه يَقَعُ جائِزًا ، ولكُلِّ واحِدٍ مِن المُتَبايِعَيْنِ الخِيارُ فى فَسْخِه ما دَامَا مُجْتمِعَيْنِ لم يَتفرَّقَا . وهو قولُ أَكْثَرِ أهلِ العِلْمِ . يُرْوَى ذلك عن

الإنصاف

بابُ الخِيارِ فى البَيْعِ

تنبيهات ؛ الأَوَّلُ ، يُسْتَثْنَى مِن عُمومِ قولِه : أحدُها ، خِيارُ المَجْلِسِ ، ويثْبُتُ فى البَيْعِ . الكِتابَةُ فإنَّها بَيْعٌ ، ولا يثْبُتُ فيها خِيارُ المَجْلِسِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وقطَع به الأكثرُ ، وقد ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه مِنَ الأصحابِ فى بابِ الكِتابَةِ ، وفيه خِلافٌ يأْتِى فى ذلك البابِ . فالأَوْلَى أنْ يُقالَ : عُمومُ كلامِ المُصَنِّفِ

---

(١) فى الأصل ، ق ، م : « المبيع » .

الشرح الكبير

عمرَ ، وابنِه ، وابنِ عباسٍ ، وأَبِى هُرَيْرَةَ ، وأبى بَرْزَةَ ، وبه قال سَعِيدُ ابنُ المُسَيَّبِ ، وشُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ أَبِى ذِئْبٍ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال مالكٌ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : يلزمُ العَقْدُ بالإِيجابِ والقَبُولِ ، ولا خِيارَ لَهُما ؛ لأَنَّه رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : البَيْعُ صَفْقَةٌ ، أو خِيارٌ[1] . ولأَنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلَزِمَ بمُجَرَّدِه ، كالنِّكاحِ ، والخُلْعِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ عن رَسُولِ اللهِ ﷺ ، أَنَّه قال : « إذا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ

الإنصاف

هنا مَخْصوصٌ بكلامِه فى الكِتابَةِ . الثَّانى ، يُسْتَثْنَى أيضًا ، لو تولَّى طَرَفَىِ العَقْدِ ، فإنَّه لا يَثْبُتُ فيه خِيارُ المَجْلِسِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، وغيرِهم . وصحَّحَه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقيل : يَثْبُتُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال الأَزَجِىُّ فى « النِّهايَةِ » : وهو الصَّحيحُ . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِىُّ . فعلى هذا الوَجْهِ ، يَلْزَمُ العَقْدُ بمُفارَقَةِ المَوْضِعِ الذى وقَع العَقْدُ فيه . على الصَّحيحِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يَحْصُلُ اللُّزومُ إلَّا بقولِه : اخْتَرْتُ لُزومَ العَقْدِ . ونحوِه . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ . الثَّالثُ ، وكذلك حُكْمُ الهِبَةِ إذا تولَّى طَرَفَيْها واحِدٌ . قالَه فى « الفائقِ » وغيرِه . الرَّابعُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، أَنَّه لوِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه ، ثُبوتُ خِيارِ

---

(1) أخرجه البيهقى ، فى : باب تفسير بيع الخيار ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٦/٢٧٢ .

الشرح الكبير

(١)فَكُلٌّ واحِدٍ منهما بالخِيارِ(١) ، ما لم يَتَفَرَّقَا ، وكَانا جَمِيعًا ، أو يُخَيِّرُ أحَدُهما الآخَرَ ، فإنْ خَيَّرَ أحَدُهما الآخَرَ ، فتَبَايَعَا على ذلك ، فقد وَجَبَ البَيْعُ ، وإنْ تَفَرَّقَا بعدَ أنْ تَبَايَعَا ، ولم يَتْرُكْ أحَدُهما البَيْعَ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ » . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . وقال عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « البَيِّعانِ بالخِيارِ ما لم يَتَفَرَّقَا » . رَواه الأئِمَّةُ(٣) . ورَوَاه عبدُ اللهِ بنُ عمرَ ، وعبدُ اللهِ بنُ

الإنصاف

المَجْلِسِ له . وهو أحَدُ [٢/ ٧١ظ] الوَجْهَيْن . والوَجْهُ الثَّانى ، لا خِيارَ له . قال الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » : الظَّاهِرُ فى المذهبِ عدَمُ ثُبوتِ الخِيارِ فى شِراءِ مَن يَعْتِقُ عليه . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، والزَّرْكَشِىُّ . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . الخامِسُ ، وكذا الخِلافُ فى حَقِّ البائعِ فى هذه المَسْألَةِ . وقيل : يثْبُتُ له الخِيارُ ، وإنْ منَعْناه مِنَ المُشْتَرِى . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وفى سُقوطِ حَقِّ صاحبِه وَجْهان .

(١ - ١) فى م : « فلكل واحد منهما الخيار » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقّت فى الخيار هل يجوز البيع ، وباب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٣ ، ٨٤ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٣ ، ١١٦٤ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٥ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢١٨ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١١٩ ، ٣١١ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٧ .

الشرح الكبير

عَمْرٍو ، وحَكِيمُ بنُ حِزامٍ ، وأبو بَرْزَةَ[1] الأَسْلَمِيُّ . وَرَوَاهُ عن نافِعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، مالِكٌ ، وأيُّوبُ ، وعُبَيْدُ اللهِ بنُ عمرَ ، وابنُ جُرَيْجٍ ، واللَّيْثُ بنُ سَعْدٍ ، وغيرُهم . وهو صَرِيحٌ فى حُكمِ المَسْأَلَةِ . وعابَ كَثِيرٌ مِن أَهْلِ العِلْمِ على مالِكٍ مُخَالَفَتَه للحَديثِ مع رِوايَتِه له ، وثُبُوتِه عِنْدَه . قال الشّافِعِيُّ : لا أَدْرِى هل اتَّهَمَ مالِكٌ نَفْسَهُ أو نافِعًا ؟ وأُعْظِمُ أنْ أقُولَ : عَبْدَ اللهِ بنَ عمرَ . وقال ابنُ أبِي ذِئْبٍ : يُسْتَتَابُ مالِكٌ فى تَرْكِه لهذا الحَدِيثِ . فإن قِيلَ : المُرَادُ بالتَّفَرُّقِ هٰهُنا التَّفرُّقُ بالأَقْوالِ ، كقَوْلِه تَعالَى : ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ [٢٥٧/٣ظ] أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ ﴾[2] . وقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِى على ثَلاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً »[3] . أى بالأَقْوالِ والاعْتِقَادَاتِ . قُلْنا : هذا باطِلٌ لوُجُوهٍ ؛ منها أنَّ اللَّفْظَ لا يَحْتَمِلُ ما قالُوه ؛ إذْ لَيْسَ بين المُتَبايِعَيْنِ تَفرُّقٌ بقَوْلٍ ولا اعْتِقادٍ ، إنَّما بَيْنَهُما اتِّفَاقٌ على البَيْعِ بعد الاخْتِلافِ فيه . الثانى ، أنَّ هذا يُبْطِلُ فائِدَةَ الحَدِيثِ ؛ إذْ قَدْ عُلِمَ أنَّهما[4] بالخِيارِ قَبْلَ العَقْدِ فى إنْشائِه وإتْمامِه أو تَرْكِه . الثالِثُ ، أنّه قال فى الحَدِيثِ : « إذا تَبَايَعَ

(١) فى م : « ثور » .

(٢) سورة البينة ٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب شرح السنة ، من كتاب السنة . سنن أبى داود ٥٠٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى افتراق هذه الأمة ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٠٩/١٠ . وابن ماجه ، فى : باب افتراق الأمم ، من كتاب الفتن . سنن ابن ماجه ١٣٢١/٢ ، ١٣٢٢ . والدارمى ، فى : باب فى افتراق هذه الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢٤١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٢/٢ . ١٤٥/٣ .

(٤) فى م : « أنها » .

الشرح الكبير

الرَّجُلانِ ، فكُلٌّ واحِدٍ منهما بالخِيارِ » . (١فجعلَ لهما الخِيارَ١) بعدَ تَبايُعِهما ، وقال : « وإنْ تفرَّقَا بعدَ أنْ تبايَعَا ، ولم يَتْرُكْ أحدُهما البَيْعَ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ » . الرابعُ ، أنَّه يَرُدُّه تفسيرُ ابنِ عمرَ للحَديثِ بفِعْلِه ، فإنَّه كان إذا بايَعَ رَجُلًا مَشَى خُطُواتٍ ؛ ليَلْزَمَ البَيْعُ[٢] . وتَفْسِيرُ أَبى بَرْزَةَ ، بقَوْلِه مِثلَ قَوْلِنا ، وهما رَاوِيا الحَدِيثِ ، وأَعْلَمُ بمَعْنَاهُ . وقَوْلُ عمرَ : البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيارٌ . معناه ، أنَّ البَيْعَ يَنْقَسِمُ إلى بَيْعٍ شُرِطَ فيه الخِيارُ ، وبَيْعٍ لم يُشْتَرَطْ فيه ، سَمَّاهُ صَفْقَةً لقِصَرِ مُدَّةِ الخِيارِ فيه ؛ لأنَّه قد رَوَى عنه[٣] الجُوزْجَانِىُّ مِثلَ مَذْهَبِنا ، ولو أَرَادَ ما قَالُوه ، لم يَجُزْ أنْ يُعارَضَ به قَوْلُ النبىِّ ﷺ ، فإنَّه لا حُجَّةَ فى قَوْلِ أحَدٍ مع قَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ ، على أنَّ قَوْلَ الصَّحابِىِّ لا يُحْتَجُّ به إذا خالَفَه غيرُه مِن الصَّحابَةِ ، وقد خالَفَه ابنُه ، وأبو بَرْزَةَ ، وغيرُهما . ولا يَصِحُّ قِياسُ البَيْعِ على النِّكاحِ ؛ لأَنَّ النِّكاحَ لا يقَعُ إلَّا بعد رُؤْيَةٍ ونَظَرٍ غالبًا ، فلا يَحْتاجُ إلى الخِيارِ بَعْدَه . ولأَنَّ فى ثُبوتِ الخِيارِ فيه مَضَرَّةً ، لِما يَلْزَمُ مِن رَدِّ المَرْأةِ بعد ابْتِذالِها بالعَقْدِ ، وذَهابِ حُرْمَتِها بالرَّدِّ ، وإلْحاقِها بالسِّلَعِ المَبِيعَةِ ، فلم يَثْبُتِ الخِيارُ لذلك ، ولهذا لم يَثْبُتْ فيه خِيارُ الشَّرْطِ ، ولا خِيارُ الرُّؤْيَةِ . والحُكْمُ فى

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كم يجوز الخيار ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٨٣ . ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين . من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٤ .

(٣) فى م : « عن » .

الشرح الكبير

هذه المسألةِ ظاهِرٌ ؛ لظُهورِ دَلِيله ، وضَعْفِ ما يَذْكُرُه المُخالِفُ فى مُقابَلَتِه .

فصل : ويَثْبُتُ الخِيارُ فى الصُّلْحِ بمَعْنَى البَيْعِ ؛ لأنه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ . والهِبَةُ إذا شَرَطَ فيها عِوَضًا مَعْلومًا ، ثَبَتَ فيها الخِيارُ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، بناءً على الاخْتِلافِ فيها ، هل تَصِيرُ بَيْعًا أو لَا ؟ ويَثْبُتُ فى الإِجارَةِ ؛ لأنه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ . ويَثْبُتُ فى الصَّرْفِ ، والسَّلَمِ ، وما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، كبَيْعِ مالِ الرِّبَا بجِنْسِه فى الصَّحِيحِ ،

الإنصاف

قوله : ويثْبُتُ فى البَيْعِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه ، وقطَع به أكثرُهم . وفى طَريقَةِ بعضِ الأصحابِ رِوايَةٌ ، لا يَثْبُتُ خِيارُ المَجْلِسِ فى بَيْعٍ وعَقْدِ مُعاوَضَةٍ .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : ويثْبُتُ فى البَيْعِ . أنَّه سواءٌ كان فيه خِيارُ شَرْطٍ أوْ لا . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وقيل : لا يَثْبُتُ فيه خِيارُ المَجْلِسِ . ويأْتِى فى خِيارِ الشَّرْطِ إنِ ابْتداؤُه مِن حينِ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وفائدَةُ الوَجْهَيْن ، هل ابْتِداءُ مُدَّةِ خِيارِ الشَّرْطِ مِن حينِ العَقْدِ ، أو التَّفرُّقِ ؟ فعلى الأوَّلِ ، يكونُ مِن حينِ التَّفَرُّقِ . وعلى الثَّانى ، مِن حينِ العَقْدِ . قالَه فى « التلْخيصِ » وغيرِه .

قوله : والإجارَةِ . يثْبُتُ خِيارُ المَجْلِسِ فى الإجارَةِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهِدايَةِ » ،

الشرح الكبير

لِما ذَكَرْنا مِن الخَبَرِ والمَعْنَى . وعنه ، لا يَثْبُتُ فيها قِياسًا على خِيارِ الشَّرْطِ ، فإنّه لا يَثْبُتُ فيها ، رِوايةً واحِدَةً ؛ لأنَّ مَوْضُوعَها على أنْ لا يَبْقَى بينهما عُلْقَةٌ بعدَ التَّفَرُّقِ ، بدَلِيلِ اشْتِراطِ القَبْضِ ، وثُبُوتُ الخِيارِ يُبْقِى بَيْنَهُما عُلْقَةً . ولا يَثْبُتُ فى سائِرِ العُقُودِ ، وهى على أضْرُبٍ ؛ أَحَدُها ، لازِمٌ ، لا يُقْصَدُ به العِوَضُ ، كالنِّكَاحِ [٢٥٨/٣و] والخُلْعِ ، فلا يَثْبُتُ فيهما خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ إنَّما يَثْبُتُ لمَعْرِفَةِ الحَظِّ فى كَوْنِ العِوَضِ جابِرًا لِما

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجِيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يثْبُتُ فى إجارَةٍ تَلِى العَقْدَ . وهو وَجْهٌ فى « الكافِى » . وأطْلَقَهما فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وأطْلَقَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » الوَجْهَيْن فى الإِجارَةِ فى الذِّمَّةِ . وجزَم فى « الحاوِى الكَبِيرِ » بثُبوتِ الخِيارِ فيها .

قوله : ويثْبُتُ فى الصَّرْفِ والسَّلَمِ . وهو المَذْهَبُ . قال فى « الفُروعِ » : يثْبُتُ على الأصحِّ . قال النَّاظِمُ : هذا الأَوْلَى . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهما . وعنه ، لا يثْبُتُ فيهما . وجزَم به ناظِمُ « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » . وأطْلَقَهُما فى « الهِدايَةِ » ، و « الفُصُولِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وخصَّ

الشرح الكبير

يَذْهَبُ مِن مالِه ، والعِوَضُ هٰهُنا ليس هو المَقْصُودَ ، وكذلك الوَقْفُ والهِبَةُ بغيرِ عِوَضٍ ، ولأَنَّ فى ثُبُوتِ الخِيارِ فى النِّكاحِ ضَرَرًا ذَكَرْنَاهُ . الضربُ الثانِى ، لازِمٌ مِن أحَدِ طَرَفَيْهِ ، كالرَّهْنِ ، لازِمٌ فى حَقِّ الرَّاهِنِ

الإنصاف

القاضى الخِلافَ فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » بالصَّرْفِ ، وتَرَدَّدَ فى السَّلَمِ ، هل يلْحَقُ بالصَّرْفِ ، أو ببَقِيَّةِ البِياعاتِ ؟ على احْتِمالَيْن .

فائدة : قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : ويثْبُتُ فى الصَّرْفِ والسَّلَمِ ، وما يُشْتَرطُ فيه القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، كبَيْعِ مالِ الرِّبا بجِنْسِه . على الصَّحيحِ . وقال فى « الفُروعِ » : وعلى الأصحِّ ، وما يُشْتَرَطُ فيه قَبْضٌ ، كصَرْفٍ وسَلَمٍ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وفى الصَّرْفِ ، والسَّلَمِ . وقيل : وبقِيَّةِ الرِّبَوِىِّ بجِنْسِه ، رِوايَتان .

قوله : ولا يَثْبُتُ فى سائرِ العُقُودِ إلَّا فى المُساقاةِ . وكذا المُزارَعَةُ ، والحَوالَةُ ، والسَّبْقُ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدَايَةِ »[٢/٧٢و] ، و « المُذْهَبِ »، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « التَّلْخيصِ »، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ،و « الفائقِ » ،وأطْلَقَهما فى الحَوالَةِ فِى« الحاوِى الكَبِيرِ » ؛أحدُهما ، لا يَثْبُتُ فيهنَّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » ، وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ فى غيرِ الحَوالَةِ ،وقدَّمه فى« الحاوِى الكَبِيرِ »فى المُساقَاةِ والمُزارَعَةِ .والوَجْهُ الثَّانى ، يثْبُتُ فيهنَّ الخِيارُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : يثْبُتُ فى الحَوالَةِ ، إنْ قيلَ : هى بَيْعٌ . لا إنْ قيلَ : هى إسْقاطٌ أو عَقْدٌ مُسْتَقِلٌّ . انتهى . وعلى هذا الوَجْهِ ، لا يَثْبُتُ الخِيارُ إلَّا للمُحيلِ لاغيرُ .

الشرح الكبير

وَحْدَه ، فلا يَثْبُتُ فيه خِيارٌ ؛ لأَنَّ المُرْتَهِنَ يَسْتَغْنِي بالجوازِ فى حَقِّه عن ثُبوتِ الخِيارِ له ، والرّاهِنَ يَسْتَغْنِى بثُبُوتِ الخِيارِ له إلى أنْ يَقْبِضَ . وكذلك

الإنصاف

تنبيهات ؛ الأوَّلُ ، الخِلافُ هنا فى المُساقَاةِ والمُزارَعَةِ مَبْنِيٌّ على الخِلافِ فى كوْنِهما لازِمَيْن ، أو جائزَين . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وابنُ حَمْدَانَ ، وغيرُهم . فإنْ قُلْنا : هما جائِزان ، وهو المذهبُ على ما يأْتِى ، فلا خِيارَ فيهما ، وإنْ قُلْنا : هما لازِمان ، دخَلَهما الخِيارُ . وقيلَ : الخِلافُ هنا على القَوْلِ بلزومِهما . وجزَم به فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وكذا حُكْمُ السَّبْقِ والرَّمْيِ . وجزَم به فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . فعلى القَوْلِ بأَنَّهما جَعالَةٌ ، وهو المذهبُ ، فلا خِيارَ فيهما ، وعلى القَوْلِ بلُزومِهما يدْخُلُهما الخِيارُ . وقيل : الخِلافُ على القَوْلِ بلُزومِهما . وجزَم به فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . الثَّانى ، شَمِلَ قولُه : ولا يَثْبُتُ فى سائرِ العُقُودِ . غيرُ ما اسْتَثْناه ، مَسائِلَ ؛ منها ، الهِبَةُ ؛ وهى تارةً تكونُ بعِوَضٍ ، وتارَةً تكونُ بغيرِ عِوَضٍ ، فإنْ كانتْ بعِوَضٍ ، ففى ثُبُوتِ الخِيارِ فيهما رِوايَتان مَبْنِيَّتان على أنها ، هل تصِيرُ بَيْعًا ، أو يغْلِبُ فيها حُكْمُ الهِبَةِ ؟ على ما يأْتِى فى أوَّلِ بابِ الهِبَةِ ، قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجزَم فى « التَّلْخيصِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، بأَنَّ الخِيارَ يثْبُتُ فيهما . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم : فإنْ شرَط فيها عِوَضًا ، فهى كالبَيْعِ . فقد يُقالُ : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّ الخِيارَ لا يثْبُتُ فيها . ويحْتَمِلُ أنْ يُقالَ : لم تدْخُلْ هذه المَسْأَلَةُ فى كلامِ المُصَنِّفِ ؛ لأَنَّها نَوْعٌ مِنَ البَيْعِ . على الصَّحيحِ ، وهو أوْلَى . وقال القاضى : المَوْهُوبُ له ، يثْبُتُ له الخِيارُ على التَّأْبِيدِ ، بخِلافِ الواهِبِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وفيه نظَرٌ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الواهِبُ بالخِيارِ ؛ إنْ شاءَ أَقْبَضَ ، وإنْ شاءَ منَع ، فإذا أَقْبَضَ ، فلا

الشرح الكبير

الضَّامِنُ والكَفِيلُ ، لا خِيارَ لهما ؛ لأنَّهُما دَخَلا مُتطَوِّعَيْن رَاضِيَيْنِ بالغَبْنِ ، وكذلك المكاتَبُ . الضربُ الثالثُ ، عَقْدٌ جائزٌ مِن الطَّرَفَيْنِ ،

الإنصاف

خِيارَ له . وكذا قال غيرُه . وإنْ كانتْ بغيرِ عِوَضٍ ، فهى كالوَصِيَّةِ ، لا يَثْبُتُ فيها خِيارٌ ، اسْتِغْناءً بجَوازِها. جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ حَمْدَانَ ، وصاحبُ « الحاوِى » ، وغيرُهم . ومنها ، القِسْمَةُ . وظاهِرُ كلامِه هنا ، أنَّه لا يَثْبُتُ فيها . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . قال الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » : القِسْمَةُ إفْرازُ حَقٍّ . على الصَّحيحِ ، فلا يَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ ، وإنْ كان فيها رَدٌّ ، احْتَملَ أنْ يدْخُلَها خِيارُ المَجْلِسِ . انتهى . والوَجْهُ الثَّانى ، يدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وفى الأصحِّ ، وفى قِسْمَةٍ . وقطَع القاضى فى « التَّعْليقِ » ، وابنُ الزَّاغُونِيِّ بثُبوتِ الخِيارِ فيها [٧٢/٢ظ] مُطْلَقًا ، وقطَع به فى « الرِّعايَةِ » إنْ قُلْنا : هى بَيْعٌ . وكذا الزَّرْكَشِىُّ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » . ولا يَدْخُلُها خِيارٌ ، حيثُ قُلْنا : هى إفرازٌ . قال فى « الحاوِى الكَبيرِ » : إنْ كان فيها رَدٌّ ، فهى كالبَيْعِ ؛ يدْخُلُها الخِياران معًا ، وإنْ لم يَكُنْ فيها رَدٌّ ، وعُدِّلَتِ السِّهَامُ ، ووَقَعَتِ القُرْعَةُ ، نظَرْتَ ؛ فإنْ كان القاسِمُ الحاكِمَ ، فلا خِيارَ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، وإنْ كان أحَدَ الشَّرِيكَيْن ، لم يدْخُلْها خِيارٌ ؛ لأنَّها إفْرازُ حَقٍّ ، وليستْ ببَيْعٍ . انتهى . وقالَه ابنُ عَقِيلٍ أيضًا . ومنها ، الإقالَةُ ؛ فلا يَثْبُتُ فيها خِيارُ المَجْلِسِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّها فَسْخٌ ، وإنْ قُلْنا : هى بَيْعٌ . ثبَت .

وقال فى « التَّلْخيصِ » : ويحْتَمِلُ عندى أنْ لا يثْبُتَ ، ويأْتِى ذلك فى الإقالَةِ . ومنها ، الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ، فلا خِيارَ فيها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما هو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ

الشرح الكبير

كالشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والجَعَالَةِ ، والوَكَالَةِ ، والوَدِيعةِ ، والوَصِيَّةِ ، فلا يَثْبُتُ فيها خِيارٌ ، اسْتِغْناءً بجَوازِها ، والتَّمَكُّنِ مِن فَسْخِها بأَصْلِ

الإنصاف

« التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . ذكَرَه الحَارِثِيُّ فى الشُّفْعَةِ . وقيل : فيها الخِيارُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « القَواعِدِ » . ومنها ، سائِرُ العُقُودِ اللَّازِمَةِ ، غيرُ ما تقدَّم ؛ كالنِّكاحِ ، والوَقْفِ ، والخُلْعِ ، والإِبْراءِ ، والعِتْقِ على مالٍ ، والرَّهْنِ ، والضَّمانِ ، والإِقالَةِ لراهِنٍ وضامِنٍ وكَفيلٍ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » ، فلا يثْبُتُ فى شيءٍ مِن ذلك خِيارُ المَجْلِسِ . وذكَر فى « الحاوِى الكَبِيرِ » ، فيما إذا قالتْ : طَلِّقْنِى بألْفٍ . فقال : طَلَّقْتُكِ بها طَلْقَةً . احْتِمالَيْن ؛ أحدُهما : عدَمُ الخِيارِ مُطْلَقًا . والثَّانِى : يثْبُتُ له الخِيارُ فى الامْتِناعِ مِن قَبْضِ الأَلْفِ ليكونَ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا . ومنها ، جميعُ العُقُودِ الجائزَةِ ؛ كالجَعالَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والوَكالَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والعارِيَّةِ ، والوَدِيعَةِ ، والوَصِيَّةِ قبلَ المَوْتِ ، ونحوِ ذلك ، فلا يثْبُتُ فيها خِيارُ المَجْلِسِ . التَّنْبيهُ الثَّالثُ ، مُرادُه بقوْلِه : ما لم يتفرَّقا بأبْدانِهما . التَّفَرُّقُ العُرْفِيُّ . قالَه الأصحابُ . وقد ضبَط ذلك بعُرْفِ كلِّ مَكانٍ بحَسَبِه ؛ فلو كان فى فَضاءٍ واسِعٍ ، أو مَسْجِدٍ كبيرٍ ، أو سُوقٍ ، فقيلَ : يحْصُلُ التَّفَرُّقُ بأنْ يمْشِىَ أحدُهما مُسْتَدْبِرًا صاحِبَه خُطُواتٍ . جزَم به ابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيلَ : بل يبْعُدُ عنه بحيثُ لا يسْمَعُ كلامَه عادةً . جزَم به فى « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » . وإنْ كانَا فى سَفِينَةٍ كبيرةٍ ، صعَد أحدُهما على أعْلاها ، ونَزل الآخَرُ إلى أسْفَلِها ، وإنْ كانت صَغِيرةً ، خرَج أحدُهما منها ومشَى . وإنْ كانَا فى دارٍ كبيرةٍ ، فتَحْصُلُ المُفارَقَةُ بخُروجِه مِن بَيْتٍ إلى بَيْتٍ ، أو إلى مَجْلِسٍ ، أو صُفَّةٍ ، ونحوِ ذلك ، بحيثُ يُعَدُّ مُفارِقًا ، وإنْ كانتَ صَغِيرةً ، فإنْ صعَد أحدُهما السَّطْحَ ، أو خرَج منها ، فقد

الشرح الكبير

وَضْعِها . الضربُ الرابعُ ، ما هو مُتَرَدِّدٌ بينَ الجوازِ واللُّزُومِ ، كالمُسَاقاةِ ، والمُزَارَعَةِ . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّهُما جائِزَانِ ، فلا يَدْخُلُهما خِيارٌ . وقيل :

الإنصاف

فارَقَه . ولو أقامَا فى مَجْلِسٍ ، وبُنِىَ بيْنَهما حاجِزٌ مِن حائطٍ أو غيرِه ، لم يُعَدَّ تفرُّقًا . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وصاحِبُ « الحاوِى » ، وغيرِهم . التَّنْبِيهُ الرَّابعُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الفُرْقَةَ تحْصُلُ بالإكْراهِ ، وفيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، طَرِيقَةُ [٧٣/٢و] الأكثرِ ، منهم المُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو أجْوَدُ . وهى أنَّ الخِلافَ جارٍ فى جميعِ مَسائِلِ الإكْراهِ ؛ فقيلَ : يَحْصُلُ بالعُرْفِ[1] مُطْلَقًا. وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وجماعَةٍ . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وقيلَ : لا يحْصُلُ به مُطْلَقًا . اخْتارَه القاضى . وجزَم به فى « الفُصُولِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وصحَّحه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » . فعليه ، يبْقَى الخِيارُ فى مَجْلِسٍ زَالَ عنهما الإكْراهُ فيه حتى يُفارِقاه . وأطْلَقهما فى « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّالِثُ ، إنْ أمْكَنه ولم يتَكَلَّمْ ، بطَل خِيارُه ، وإلَّا فلا . وهو احْتِمالٌ فى « التَّلْخيصِ » . الطَّريقُ الثَّانى ، إنْ حصَل الإكْراهُ لهما جميعًا ، انْقَطَع خِيارُهما ، قوْلًا واحِدًا ، وإنْ حصَل لأحَدِهما ، فالخِلافُ فيه . وهى طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحِ ، وابنِ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وذكَر فى الأُولَى احْتِمالًا . وقال فى « الفُروعِ » : ولكُلٍّ مِنَ البَيِّعَيْن الخِيارُ ما لم يتَفَرَّقا بأبْدانِهما عُرْفًا ، ولو كَرِها ، وفى بَقاءِ خِيارِ المُكْرَهِ وَجْهان . انتهى .

فائدة : ذكَر ابنُ عَقِيلٍ مِن صُوَرِ الإكْراهِ ، لو رأَيا سَبُعًا أو ظالِمًا خافَاه ، فهَرَبا منه ، أو حمَلَهما سَيْلٌ أو رِيحٌ وفرَّقَتْ بينَهما . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، أنَّ

(١) فى ط : « تحصل الفرقة » .

الشرح الكبير

هما إجارَةٌ ، فلهما حُكْمُها . والسَّبْقُ والرَّمْىُ ، الظاهِرُ أنَّهُما جَعالَةٌ ، فلا يَثْبُتُ فيهما خِيارٌ . وقيل : هما إجارَةٌ . وقد ذَكَرْناهُ . فأمَّا الحَوالَةُ والأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ، فهو عَقْدٌ لازِمٌ ، يَسْتَقِلُّ به أحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ ، فلا خِيارَ فيهما ؛ لأنَّ مَن لا يُعْتَبَرُ رِضاهُ لا خِيارَ له . وإذا لم يَثْبُتْ فى أحَدِ طَرَفَيْهِ ، لا يَثْبُتُ فى الآخَرِ ، كسائِرِ العُقُودِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَثْبُتَ الخِيارُ للمُحِيلِ والشَّفِيعِ ؛

الإنصاف

الخِيارَ لا يَبْطُلُ فى هذه الصُّوَرِ ، وجزَم بما قال ابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، ونصَّ عليه .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو ماتَ أحدُهما فى خِيارِ المَجْلِسِ ، انْقطَعَ الخِيارُ . نصَّ عليه . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيلَ : لا يَبْطُلُ . ويَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِيِّ . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : بطَل الخِيارُ ، إنْ قُلْنا : لا يُورَثُ . وإنْ قُلْنا : يُورَثُ . لم يَبْطُلْ . انتهى . ويأْتِى ، هل يُورَثُ خِيارُ المَجْلِسِ أم لا ؟ عندَ إرْثِ خِيارِ الشَّرْطِ . وأمَّا خِيارُ صاحِبِه ، ففى بُطْلانِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، فى مَوْضعٍ ؛ أحدُهما ، لا يَبْطُلُ . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : لا يَبْطُلُ إنْ قُلْنا : يُورَثُ . وإلَّا بطَل . والوَجْهُ الثَّانى ، يبْطُلُ . الثَّانيةُ ، لو جُنَّ قبلَ المُفارَقَةِ والاخْتِيارِ ، فهو على خِيارِه إذا أفاقَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقيل : ووَلِيُّه أيضًا يَلِيه فى حالِ جُنونِه . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وقال الشَّارِحُ : إنْ جُنَّ أو أُغْمِىَ عليه ، قامَ أبوه أو وَصِيُّه أوِ الحاكِمُ

المقنع وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَبَايِعَيْنِ الْخِيَارُ مَا لَمْ يَتفرَّقَا بِأَبْدَانِهِمَا ،....

الشرح الكبير لأنَّه يُقْصَدُ فيها[1] العِوَضُ ، فأشْبَهَت[2] سائِرَ عُقُودِ المُعاوَضَاتِ .

١٦٠١ - مسألة : (ولِكُلِّ واحِدٍ مِن المُتَبايِعَيْنِ الخِيارُ ما لم يَتَفرَّقا بأبْدَانِهِمَا) لِما ذَكَرْناه . ولا خِلافَ فى لُزُومِ العَقْدِ بعدَ التَّفرُّقِ ، ما لم

الإنصاف مَقامَه . وقيلَ : مَن أُغْمِىَ عليه ، قامَ الحاكِمُ مَقامَه . الثَّالثةُ ، لو خَرِسَ أحدُهما قامَتْ إشارَتُه مَقامَ نُطْقِه ، فإنْ لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، قامَ وَلِيُّه مَقامَه . الرَّابعةُ ، خِيارُ الشَّرْطِ كخِيارِ المَجْلسِ ، فيما إذا جُنَّ أو أُغْمِىَ عليه أو خَرِسَ . الخامسةُ ، لو ألْحَقا بالعَقْدِ خِيارًا ، بعدَ لزُومِه ، لم يلْحَقْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « الفائقِ » : ويتَخرَّجُ لَحاقُه ، مِنَ الزِّيادَةِ قبلَه[3] ، وهو المُخْتارُ . انتهى . وهو رِوايَةٌ فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ بعدَ المُواضَعَةِ ، ويأْتِى نظِيرُها فى الرَّهْنِ والصَّداقِ . السَّادِسةُ ، تَحْرُمُ الفُرْقَةُ خَشْيَةَ الاسْتِقالَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وتَحْرُمُ[٢/٧٣ظ] على الأصحِّ . قال فى « الفائقِ » : لا يحِلُّ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وإنْ مشَى أحدُهما . أو فرَّ ليَلْزَمَ العَقْدُ قبلَ اسْتِقالَةِ الآخرِ وفَسْخِه ورِضاه ، حَرُمَ وبطَل خِيارُ الآخرِ ، فى الأشْهَرِ فيهما . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والمُصَنِّفُ . وجزَم به فى « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » . وعنه ، لا يحْرُمُ . قدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « القواعِدِ » .

تنبيه : مفْهومُ قوْلِه : ولكلِّ واحِدٍ مِنَ المُتَبايِعَيْن الخِيارُ ما لم يتَفرَّقا بأبْدانِهما .

---

(١) فى م : « فيهما » .

(٢) فى م : « فأشبها » .

(٣) فى الأصل : « وبعده » .

الشرح الكبير

يَكُنْ سَبَبٌ يَقْتَضِى جَوازُه ، مِثلَ أنْ يَجِدَ فى السِّلْعَةِ عَيْبًا ، فيَرُدَّها به ، أو يكونَ قد شَرَطَ الخِيارَ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فيَمْلِكَ الرَّدَّ فيها ، بغَيْرِ خِلافٍ عَلِمْناه بينَ أهْلِ العِلْمِ . وفى مَعْنَى العَيْبِ أنْ يُدَلِّسَ المَبِيعَ بما يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ، أو يَشْتَرِطَ فى المبيعِ صِفَةً يَخْتَلِفُ بها الثَّمَنُ ، فَيَبِينَ بخلافِه ، أو يُخْبِرَه فى المُرابَحَةِ بثمنٍ حالٍّ وهو مُؤَجَّلٌ ، ونحوُ ذلك . وقد دَلَّ على لُزُومِ البَيْعِ بالتَّفَرُّقِ قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « وإنْ تَفَرَّقَا بعدَ أنْ تَبَايَعَا ، ولم يَتْرُكْ أحَدُهما البَيْعَ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ »[1] . والمَرْجِعُ فى التَّفَرُّقِ إلى عُرْفِ النَّاسِ وعاداتِهم ؛ لأنَّ الشارِعَ عَلَّقَ عليه حُكْمًا ، ولم يُبَيِّنْه ، فدَلَّ على أنَّه أرادَ ما يَعْرِفُه الناسُ ، كالقَبْضِ ، والإِحْرَازِ . فإنْ كانا فى فَضاءٍ واسِعٍ ، كالمَسْجِدِ الكَبِيرِ ، والصَّحْرَاءِ ، فَبأَنْ يَمْشِىَ أحَدُهما مُسْتَدْبِرًا لِصاحِبه خُطُواتٍ . وقيلَ : هو أنْ يَبْعُدَ منه بحَيْثُ لا يَسْمَعُ كَلامَه الذى يَتَكَلَّمُ به فى العَادَةِ . قال أبو الحارِثِ : سُئِلَ أحمدُ عن تَفْرِقَةِ الأبْدانِ ؟ [٢٥٨/٣ظ] فقال : إذا أَخَذَ هذا هكذا ، وأخذ هذا هكذا ، فقد تَفَرَّقَا . ورَوَى مُسْلِمٌ[2] ، عن نافِعٍ ، قال : فكانَ ابنُ عمرَ إذَا بايَعَ[3] ، فأَرادَ أنْ لا يُقيلَه ، مَشَى هُنَيْهَةً ، ثم رَجَعَ . وإن كانَا فى دارٍ كَبِيرَةٍ ذاتِ مَجالِسَ

الإنصاف

أنَّهما إذا تفرَّقا بأبْدانِهما لَزِمَ البَيْعُ ، وبطَل خِيارُهما . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا أنَّ القاضِىَ قال فى مَوْضِعٍ : ما يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، لا يَلْزَمُ إلَّا بقَبضِه . ويأْتِى ذلك فى آخِرِ البابِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

(٣) فى م : « باع » .

الشرح الكبير

وبُيُوتٍ ، فالمُفَارقَةُ أنْ يُفارِقَه مِن بَيْتٍ إلى بَيْتٍ ، أو إلى مَجْلِسٍ ، أو صُفَّةٍ ، أو مِن مَجْلِسٍ إلى بَيْتٍ ، ونحوِ ذلك . فإنْ كانَا فى دارٍ صَغِيرَةٍ ، فإذا صَعِدَ أحَدُهما السَّطْحَ ، أو خَرَجَ منها ، فقد فارَقَه . وإنْ كانَا فى سَفِينَةٍ صَغِيرَةٍ ، خَرَجَ أحَدُهما منها ومَشَى ، وإنْ كانت كَبِيرَةً صَعِدَ أحَدُهما على أعْلَاها ، ونَزَلَ الآخَرُ فى أسْفَلِها . وهذا كُلُّه مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . فإنْ كان المُشْتَرِى هو البائِعَ ، مِثلَ أنِ اشْتَرَى لنَفْسِه مِن مالِ وَلَدِه ، أو اشْتَرَى لوَلَدِه مِن نَفْسِه ، لم يَثْبُتْ فيه خِيارُ المَجْلِسِ ؛ لأنَّه يَتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتْ له خِيارٌ ، كالشَّفِيعِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَثْبُتَ فيه ، كغَيْرِه . فعلى هذا ، يُعْتَبَرُ للُزُومِه مُفَارَقَةُ مَجْلِسِ العَقْدِ ؛ لأنَّ الافْتِراقَ لا يُمْكِنُ هٰهُنا ؛ لكَوْنِ البائِعِ هو المُشْتَرِىَ . ومتى حَصَلَ التَّفَرُّقُ لَزِمَ العَقْدُ ، قَصَدا ذلك أو لم يَقْصِداه ، عَلِماه أو جَهِلاه ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ عَلَّقَ الخِيارَ على التَّفَرُّقِ ، وقد وُجِدَ . ولو هَرَبَ أحَدُهما مِن الآخَرِ ، لَزِمَ العَقْدُ ؛ لأنَّهُ فارَقَه . ولا يَقِفُ لُزُومُ العَقْدِ على رِضاهُما ، ولهذا كان ابنُ عمرَ يُفارِقُ صاحِبَه ؛ لِيَلْزَمَ البَيْعُ . ولو أقاما فى المَجْلِسِ وسَدَلَا بَيْنَهما سِتْرًا ، أو بَنَيَا بَيْنَهُما حاجِزًا ، أو نامَا ، أو قامَا فمَضَيَا جَمِيعًا و لم يَتَفَرَّقَا ، فالخِيارُ بحالِه وإنْ طَالَتِ المُدَّةُ ؛ لعَدَمِ التَّفَرُّقِ . وقد رَوَى أبو دَاوُدَ[1] ، والأَثْرَمُ ، بإسْنادِهما عن أبى الوَضِىءِ ، قال : غَزَوْنَا غَزْوَةً لَنَا ، فَنَزَلْنَا مَنْزِلًا ، فباعَ صاحِبٌ لَنَا فَرَسًا بغُلامٍ[2] ،

الإنصاف ....

(١) فى : باب فى خيار المتبايعين من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٥ . وانظر ما تقدم فى تخريج حديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » . فى صفحة ٧ .

(٢) فى ر ١ : « لغلام » .

الشرح الكبير

ثم أَقامَا بَقِيَّةَ يَوْمِهِما ولَيْلَتِهما ، فلَمَّا أَصْبَحَا[1] مِن الغَدِ وحَضَرَ الرَّحِيلُ ، قامَ إلى فَرَسِه يُسْرِجُهُ ، فنَدِمَ ، فأَتَى الرَّجُلَ ، وأَخَذَه بالبَيْعِ ، فأَبَى الرَّجُلُ أنْ يَدْفَعَه إليه ، فقال : بَيْنِى وبَيْنَكَ أبو بَرْزَةَ صاحِبُ رسولِ اللهِ ﷺ ، فأَتَيا أبا بَرْزَةَ فى ناحِيَةِ العَسْكَرِ ، فقالُوا له هذه القِصَّةَ ، فقال : أَتَرْضَيَانِ أنْ أَقْضِىَ بَيْنَكُما بقَضَاءِ رسولِ اللهِ ﷺ ؟ قال رسولُ اللهِ ﷺ : « البَيِّعَانِ بالخِيارِ ما لم يَتفَرَّقَا » . وما أَرَاكُما افْتَرَقْتُما . فإنْ فارَقَ أحَدُهما الآخَرَ مُكْرَهًا ، احْتَمَلَ بُطْلَانُ الخِيارِ ؛ لوُجُودِ التَّفَرُّقِ ، ولأَنَّه لا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ فى مُفَارَقَةِ صاحِبه له ، فكذلك فى مُفَارَقَتِه لِصَاحِبه . وقال القاضِى : لا يَنْقَطِعُ الخِيارُ ؛ لأَنَّهُ حُكْمٌ عُلِّقَ على التَّفَرُّقِ ، فلم يَثْبُتْ مع الإِكْرَاهِ ، كما لو عُلِّقَ عليه الطَّلَاقُ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْن . فعلى قَوْلِ مَنْ لا يَرَى انْقِطَاعَ الخِيارِ ، إنْ أُكْرِهَ أَحَدُهما على فُرْقَةِ صاحِبه ، انْقَطَعَ خِيارُ صاحِبه ، كما لو هَرَبَ منه ، ويَبْقَى الخِيارُ للمُكْرَهِ منهما فى المَجْلِسِ الذى يَزُولُ عنه الإِكْرَاهُ فيه ، حتى يُفارِقَه . وإنْ أُكْرِهَا جَمِيعًا ، انْقَطَعَ خِيارُهما ؛ لأَنَّ كُلَّ [٣/٢٥٩و] واحِدٍ منهما يَنْقَطِعُ خِيارُه بفُرْقَةِ الآخَرِ له ، فأَشْبَهَ ما لو أُكْرِهَ صَاحِبُه دُونَه . وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ مِن صُوَرِ الإِكْراهِ ، ما لو رَأَيَا سَبُعًا أو ظَالِمًا خَشِياهُ ، فَهَرَبَا فَزَعًا منه ، أو حَمَلَهُما سَيْلٌ ، أو فَرَّقَتْ بَيْنَهُما رِيحٌ . فإن خَرِسَ أَحَدُهما ، قامَتْ إِشَارَتُه مَقامَ نُطْقِه ، فإنْ لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، أو جُنَّ ، أو أُغْمِىَ عليه ، قامَ أَبُوهُ ، أو وَصِيُّه ، أو الحاكِمُ ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « أصبحنا » .

الشرح الكبير مَقامَه . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ .

فصل: ولو ألْحَقَا فى العَقْدِ خِيارًا بعدَ لُزُومِه، لم يُلْحَقْ. وبه قال الشّافِعِىُّ. وقال أبو حَنِيفَةَ، وأصْحَابُه[1]: يَلْحَقُه؛ لأَنَّ لهما فَسْخَ العَقْدِ، فكان لهما إلْحاقُ الخِيارِ به ، كالمَجْلِسِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فلم يَصِرْ جائِزًا بقَوْلِهما ، كالنِّكَاحِ ، وفارَقَ المَجْلِسَ ، فإنَّه جائِزٌ ، فجازَ إبْقَاؤُه على جَوازِه .

فصل : وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الْبَائِعُ والمُبْتَاعُ بالخِيَارِ حَتَّى يَتَفرَّقَا ، إلَّا أنْ تكُونَ صَفْقَةَ خِيارٍ ، فلا يَحِلُّ له أنْ يُفَارِقَ صاحِبَه خَشْيَةَ أنْ يَسْتَقِيلَهُ » . رَواهُ التِّرْمِذِىُّ[2] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وقَوْلُه : « إلَّا أنْ تكُونَ صَفْقَةَ خِيارٍ » . يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ البَيْعَ المَشْرُوطَ فيه الخِيارُ ، فإنَّه لا يَلْزَمُ بتَفرُّقِهما ؛ لكَوْنِه ثابتًا بعدَه بالشَّرْطِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ البَيْعَ الذى شَرَطَ فيه أنْ لا يكُونَ فيه خِيارٌ ، فيَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ مِن غيرِ تَفَرُّقٍ . وظاهِرُ الحَدِيثِ تَحْرِيمُ مُفَارَقَةِ أحَدِ المُتَبَايِعَيْنِ لِصاحِبِه خَشْيَةً مِن فَسْخِ البَيْعِ .

(١) فى م : « أصحابنا » .

(٢) فى : باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥٦ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٥ . والنسائى ، فى : باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٣ .

المقنع

إِلَّا أَنْ يَتَبَايَعَا عَلَى أَنْ لَا خِيَارَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ يُسْقِطَا الْخِيَارَ بَعْدَهُ ، فَيَسْقُطُ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَسْقَطَهُ أَحَدُهُمَا ، بَقِىَ خِيَارُ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ، فإنَّه ذُكِرَ له فِعْلُ ابنِ عمرَ ، وهذا الحَديثُ ، فقال : هذا الآنَ قولُ رسولِ اللهِ ﷺ . وهو اخْتيارُ أبى بَكْرٍ . وقال القاضِى : ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ جَوازُ ذلك ؛ لأَنَّ ابنَ عُمَرَ فَعَلَه . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأَنَّ قولَ النبىِّ ﷺ يُقَدَّمُ على فِعْلِ ابنِ عمرَ . والظاهِرُ أنَّ ابنَ عمرَ لم يَبْلُغْه هذا ، ولو بَلَغَه[1] لَما خَالَفَهُ .

١٦٠٢ – مسألة : (إِلَّا أنْ يَتَبايَعَا على أنْ لا خِيارَ بينَهما ، أو يُسْقِطَا الخِيارَ بعدَه ، فيَسْقُطُ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وإنْ أسْقَطَهُ أَحَدُهما ، بَقِىَ خِيارُ صاحِبِه) اخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى ذلك ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ الخِيارَ يَمْتَدُّ إلى التَّفَرُّقِ ، ولا يَبْطُلُ بالتَّخايُرِ ، ولا بالإِسْقاطِ ، قبلَ العَقْدِ ولا بَعْدَه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأَنَّ أكثرَ الرِّوَايَاتِ عن النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّعَانِ بالخِيَارِ ما لم يَتفرَّقَا » . مِن غيرِ تَقْييدٍ ولا

الإنصاف

قوله : إِلَّا أنْ يَتبايَعا على أنْ لا خِيارَ بينهما ، أو يُسْقِطَا الخِيَارَ بعدَه ، فيَسْقُطَ فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ؛ إحْداهما ، يسْقُطُ الخِيارُ فيهما . وهو المذهبُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : يسْقُطُ على الأقْيَسِ . قال فى « الفائقِ » : يسْقُطُ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « نِهايَةِ ابنِ

---

(١) فى الأصل ، م : « علمه » .

الشرح الكبير

تَخْصِيصٍ ، فى رِوَايَةِ حَكِيمِ بنِ حِزامٍ ، وأَبى بَرْزَةَ ، وأَكْثَرِ الرِّوايَاتِ عن عبدِ اللهِ بنِ عَمْرٍو . والتَّقْييدُ إنَّما هو فى حَديثِ ابنِ عمرَ ، ومتى انْفَرَدَ بعضُ الرُّوَاةِ بزِيادَةٍ ، قُدِّمَ قَوْلُ الأَكْثَرِينَ وذَوِى الضَّبْطِ . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أنَّ الخِيارَ يَبْطُلُ بالتَّخايُرِ . اخْتارَها ابنُ أبى مُوسَى . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وهو الصَّحِيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تَعالَى ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ فى حَدِيثِ ابنِ عمرَ : [٢٥٩/٣ظ] « فإنْ خَيَّرَ أَحَدُهما صَاحِبَه ، فَتَبَايَعَا على ذَلِكَ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ »[1] . يَعْنِى لَزِمَ . وفى لَفْظٍ : « المُتَبَايِعَانِ بالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا ، إلَّا أنْ يكونَ البَيْعُ كانَ عن خِيَارٍ ، فإنْ كانَ البَيْعُ عن خِيَارٍ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ » مُتَّفَقٌ عليه[1] . والأَخْذُ بالزِّيَادَةِ أَوْلَى ، وهى صَرِيحَةٌ فى الحُكْمِ . والتَّخايُرُ فى ابْتِداءِ العَقْدِ وبعدَه فى المَجْلِسِ واحِدٌ ، فالتَّخايُرُ فى ابْتِدَائِه أنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ ولا خِيَارَ بَيْنَنَا . ويَقْبَلُ الآخَرُ على ذلك ، فلا يكونُ لهما خِيَارٌ . والتَّخايُرُ بعدَه أنْ يَقُولَ كُلُّ واحِدٍ منهما بعدَ العَقْدِ : اخْتَرْتُ إمْضَاءَ العَقْدِ . أو : إلْزَامَه . أو : اخْتَرْتُ العَقْدَ . أو : أسْقَطْتُ خِيارِى . فَيَلْزَمُ العَقْدُ مِن الطَّرَفَيْنِ . وإنِ اخْتَارَ أحَدُهُما دونَ الآخَرِ ، لَزِمَ فى حَقِّه وحْدَهُ ، كما لو كانَ خِيارَ الشَّرْطِ فأسْقَطَه أحَدُهما . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : فى التَّخايُرِ فى ابْتِداءِ العَقْدِ قَوْلَانِ ، أظْهَرُهُما لا يَقْطَعُ الخِيارَ ؛ لأنَّه إسْقَاطٌ للحَقِّ قبلَ سَبَبِه ، فلم يَجُزْ ، كخِيارِ الشُّفْعَةِ . فعلى هذا ، هل

الإنصاف

رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « الهادِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ أبى مُوسى ، والقاضى فى كتابِه « الرِّوايَتَيْن » ، والشِّيرازِىُّ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٥ .

الشرح الكبير

يَبْطُلُ به العَقْدُ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ . ولنا ، ما ذَكَرْنَا مِن حَدِيثَى ابنِ عمرَ ، وذلك صَرِيحٌ فى الحُكْمِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَه ، ولأَنَّ ما أَثَّرَ فى الخِيارِ فى المَجْلِسِ أَثَّرَ فيه مُقارِنًا للعَقْدِ ، كاشْتِراطِ الخِيَارِ . ولأنَّه أحَدُ الخِيارَيْنِ فِى البَيْعِ ، فجازَ إخْلاؤُه عنه ، كخِيارِ الشَّرْطِ . وقَوْلُهم : إنَّه إسْقاطٌ للخِيارِ قبلَ سَبَبِه . مَمْنُوعٌ ، فإنَّ سَبَبَ الخِيارِ البَيْعُ المُطْلَقُ ، فأمَّا البَيْعُ مع التَّخايُرِ فلَيْسَ سَبَبًا له ، ثم لو ثَبَتَ أنَّه سَبَبٌ للخِيارِ ، لكِنَّ المانِعَ مُقارِنٌ له ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه ، والشُّفْعَةُ لَنا فيها مَنْعٌ ، وإنْ سُلِّمَ ، فالفَرْقُ بَيْنَهما أنَّ الشَّفِيعَ أجْنَبِىٌّ مِن العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُ إسْقاطِ خِيارِه فى العَقْدِ ، بخِلافِ مسألتِنا .

فصل : فإنْ قال أحَدُهُما لِصاحِبِه : اخْتَرْ . ولم يَقُلِ الآخَرُ شَيْئًا ، فالسّاكِتُ على خِيارِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه ما يُبْطِلُه . وأمَّا القائِلُ فيَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ خِيارُه ؛ لِما رَوَى ابنُ عمرَ أنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « البَيِّعانِ بالخِيارِ ما لَمْ يَتفَرَّقَا ، أو يقولُ أحَدُهما لِصاحِبِه : اخْتَرْ » . رَواهُ البُخارِىُّ . ولأنَّه جَعَلَ لِصاحِبِه ما مَلَكَه مِن الخِيارِ ، فسَقَطَ خِيارُه . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَبْطُلَ خِيارُه ؛ لأنَّه خَيَّرَه ، فلم يَخْتَرْ ، فلم يُؤَثِّرْ ، كما لو جَعَلَ لزَوْجَتِه الخِيارَ ، فلم تَخْتَرْ شَيْئًا ، ويُحْمَلُ الحَدِيثُ على أنَّه خَيَّرَه ، فاخْتَارَ . والأَوَّلُ أوْلَى ؛ لظاهِرِ الحَدِيثِ . ولأنَّه جَعَلَ الخِيارَ لغَيْرِه . ويُفارِقُ

الإنصاف

والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ ، وغيرُهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يسْقُطُ فيهما . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . ونصَرَه القاضى ، وأصحابُه . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . وعنه رِوايَةٌ ثالثةٌ ، لا يسْقُطُ فى الأُولَى ، ويسْقُطُ فى الثَّانيةِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « تَجْريدِ

المقنع

فَصْلٌ : الثَّانِي ، خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِطَا فِي الْعَقْدِ خِيَارَ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَيَثْبُتُ فِيهَا وَإِنْ طَالَتْ .

الشرح الكبير

الزَّوْجَة ؛ لأنَّه مَلَّكَها ما لا تَمْلِكُ ، فإذا لم تَقْبَلْ ، سَقَطَ ، وههُنا كُلُّ واحِدٍ منهما يَمْلِكُ الخِيارَ ، فلم يَكُنْ قَوْلُه تَمْلِيكًا ، إنَّما كان إسْقاطًا ، فسَقَطَ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عنه : (الثاني ، خيارُ الشَّرْطِ ؛ وهو أَنْ يَشْتَرِطَا[1] فى العَقْدِ خيارَ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فَيَثْبُتُ فيها وإنْ طَالَت) هذا قولُ أبى يُوسُفَ ، [٣/٢٦٠و] ومحمدٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وحُكِيَ ذلك عن الحَسَنِ بنِ صالِحٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ . وأَجازَه

الإنصاف

العِنايَةِ » . فعلى القَوْلِ بالسُّقُوطِ ، لو أسْقَطَ أحدُهما الخِيارَ ، أو قال : لا خِيارَ بينَنا ، سقَط خِيارُه وحْدَه وبَقِيَ خِيارُ صاحِبِه . وعلى المذهبِ ، لا يبْطُلُ العَقْدُ إذا شَرَطا فيه أنْ لا خِيارَ بينَهما . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو الأظْهَرُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وقيل : يبْطُلُ العَقْدُ .

فائدة : لو قال لصاحِبِه : اخْتَرْ . سقَط خِيارُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يسْقُطُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وأمَّا السَّاكِتُ ، فلا يسْقُطُ خِيارُه ، قوْلًا واحِدًا .

فائدة : قوْلُه فى خِيارِ الشَّرْطِ : فيثْبُتَ فيها وإنْ طالَتْ . هذا بلا نِزاعٍ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ ، فلو باعَه ما لا يبْقَى إلى ثَلاثَةِ أيَّامٍ ، كطَعامٍ رَطْبٍ بشَرْطِ الخِيارِ ثَلاثًا ، فقال القاضى : يصِحُّ الخِيارُ ، ويُباعُ ويُحْفَظُ ثَمَنُه إلى المُدَّةِ . قلتُ : لو قيلَ بعدَمِ الصِّحَّةِ لَكانَ مُتَّجِهًا ، وهو أوْلَى . ثم رأَيْتُ الزَّرْكَشِيَّ نقَل عن الشَّيْخِ

---

(١) فى م : « يشترط » .

الشرح الكبير

مالِكٌ ، فيما زادَ على الثَّلاثِ بقَدْرِ الحاجَةِ ، مثل قَرْيَةٍ لا يَصِلُ إليها فى أَقَلَّ مِن أَرْبَعَةِ أَيّامٍ ؛ لأَنَّ الخِيارَ لحَاجَتِه ، فيُقَدَّرُ بها . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ : لا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِن ثَلاثٍ ؛ لِما رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قال : ما أَجِدُ لكم أَوْسَعَ مِمّا جَعَلَ رسولُ اللهِ ﷺ لحَبَّانَ ، جَعَلَ له الخِيارَ ثَلاثَةَ أَيّامٍ ، إنْ رَضِىَ أَخَذَ ، وإنْ سَخِطَ تَرَكَ[1] . ولأَنَّ الخِيارَ يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ ؛ لأَنَّه يَمْنَعُ المِلْكَ واللُّزُومَ وإطْلاقَ التَّصَرُّفِ ، وإنَّما جازَ للحاجَةِ ، فجازَ القَلِيلُ منه ، وآخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ثَلاثٌ ، قال اللهُ تَعالَى : ﴿ فَقَالَ تَمَتَّعُواْ فِى دَارِكُمْ ثَلَـٰثَةَ أَيَّامٍ ﴾[2] بعد قوله : ﴿ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴾[3] . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يَعْتَمِدُ الشَّرْطَ ، فرُجِعَ فى تَقْدِيرِه إلى مُشْتَرِطِه ، كالأَجَلِ ، ولم يَثْبُتْ مَا رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، وقد رُوِىَ عن أَنَسٍ خِلافُه . وتَقْدِيرُ مالِكٍ بالحاجَةِ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّها لا يُمْكِنُ ضَبْطُ الحُكْمِ بها ؛ لخَفَائِها واخْتِلَافِها ، وإنَّما يَرْتَبِطُ بمَظِنَّتِها ، وهو الإِقْدَامُ ، فإنَّه صالِحٌ أنْ يكونَ ضابِطًا ، ورُبِطَ الحُكْمُ به فى الثَّلاثِ وفى السَّلَمِ والأَجَلِ . وقولُ الآخَرِين : إنَّه يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ . لا يَصِحُّ ؛

الإنصاف

تَقِىِّ الدِّينِ ، أنَّه قال : يَتَوَجَّهُ عدمُ الصِّحَّةِ مِن وَجْهٍ فى الإِجارَةِ ؛ أىْ مِن وَجْهِ عدمِ صِحَّةِ اشْتِراطِ الخِيارِ فى إجارَةٍ تَلِى العَقْدَ . قال : ومِن أنَّ تلَفَ المَبِيعِ يُبْطِلُ الخِيارَ . انتهى .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار فى البيع أكثر من ثلاثة أيام ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٢٧٤ .

(٢) سورة هود ٦٥ .

(٣) سورة هود ٦٤ .

المقنع وَلَا يَجُوزُ مَجْهُولًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ ، وَهُمَا عَلَى خِيَارِهِمَا ، إِلَى أَنْ يَقْطَعَاهُ أَوْ تَنْتَهِيَ مُدَّتُهُ .

الشرح الكبير لأنَّ مُقْتَضَى البَيْعِ نَقْلُ المِلْكِ ، والخِيارُ لا يُنافِيه ، وإنْ سَلَّمْنا ذلك ، لكنْ مَتَى خُولِفَ الأَصْلُ لمَعْنًى فى مَحَلٍّ ، وَجَبَ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ ؛ لتَعَدِّى ذلك المَعْنَى .

١٦٠٣ - مسألة : (ولا يَجُوزُ مَجْهُولًا ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وعنه ، يَجُوزُ ، وهما على خِيارِهما ، ما لم يَقْطَعَاهُ أو تَنْتَهِى مُدَّتُه) إذا شَرَطَ الخِيارَ أبدًا ، أو مَتَى شاءَ ، أو قال أحَدُهما : ولِىَ الخِيارُ . ولم يَذْكُرْ مُدَّتَه ، أو شَرَطَاهُ إلى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، كقُدُومِ زَيْدٍ ، أو نُزُولِ المَطَرِ ، أو مُشاوَرَةِ إنْسانٍ ، ونحوِ ذلك ، لم يَصِحَّ ، فى الصَّحِيحِ مِن المَذْهَبِ . هذا اخْتِيارُ القاضِى ، وابنِ عَقِيلٍ ، ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه يَصِحُّ ، وهما على خِيارِهما أبدًا ، أو يَقْطَعَاه ، أو تَنْتَهِىَ مُدَّتُه إنْ كان مَشْرُوطًا إلى مُدَّةٍ . وهو قولُ ابنِ شُبْرُمَةَ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِم »[(١)] . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ ، ويُضْرَبُ لهما مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ المَبِيعُ فى مِثْلِها فى العادَةِ ؛ لأنَّ ذلك مُقَرَّرٌ فى العادَةِ ، فإذا أطْلَقَا ، حُمِلَ عليه . وقال أبو حَنِيفَةَ : إنْ أسْقَطَا الشَّرْطَ قبلَ مُضِىِّ الثَّلاثِ ، أو حَذَفَا الزَّائِدَ عليها وبَيَّنَا

الإنصاف قوله : ولا يجوزُ مَجْهُولًا فى ظاهرِ المذهبِ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجُوزُ ، وهما على خِيارِهما إلَّا أنْ يقطَعاه ، [٢/٧٤و] أو تَنْتَهِىَ مُدَّتُه . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/١٣٩ .

الشرح الكبير

مُدَّتَه ، صَحَّ ؛ لأَنَّهما حَذَفَا المُفْسِدَ قبلَ اتِّصالِه بالعَقْدِ ، فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ ، كما لو لم يَشْتَرِطَاهُ . ولَنا ، أنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فلا تَجُوزُ مع الجَهالَةِ ، كالأَجَلِ . ولأنَّ اشْتِراطَ الخِيارِ أبدًا يَقْتَضِى المَنْعَ مِن التَّصَرُّفِ على الأَبَدِ ، وذلك يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ بشَرْطِ أنْ لا تَتَصَرَّفَ . وقولُ [٣/٢٦٠ظ] مالِكٍ : إنَّه يُرَدُّ إلى العادَةِ . لا يَصِحُّ ، فإنَّه لا عادَةَ فى الخِيارِ يُرْجَعُ إليها . واشْتِراطُه مع الجَهالَةِ نادِرٌ . وقولُ أبى حَنِيفَةَ لا يَصِحُّ ، فإنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وهو مُقْتَرِنٌ بالعَقْدِ . ولأَنَّ العَقْدَ لا يَخْلُو مِن أنْ يكُونَ صَحِيحًا أو فاسِدًا ، فإنْ كان صَحِيحًا مع الشَّرْطِ ، لم يَفْسُدْ بوُجُودِ ما شَرَطْنَاهُ فيه[1] ، وإنْ كان فاسِدًا ، لم يَنْقَلِبْ صَحِيحًا ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ إذا حَذَفَ أحدَهُما . وإذا قُلْنا : يَفْسُدُ الشَّرْطُ . هل يَفْسُدُ به البَيْعُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهُما ، يَفْسُدُ . وهو مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ قارَنَه شَرْطٌ فاسِدٌ فأفْسَدَهُ[2] ، كنِكَاحِ الشِّغَارِ . ولأَنَّ البائِعَ إنَّما رَضِىَ ببَذْلِه بهذا الثَّمَنِ مع الخيارِ فى اسْتِرْجاعِه ، والمُشْتَرِى إنَّما رَضِىَ ببَذْلِ هذا الثَّمَنِ فيه مع الخيارِ فى فَسْخِه ، فلو صَحَّحْنَاهُ لأَزَلْنا مِلْكَ كُلِّ واحِدٍ منهما عنه بغيرِ رِضَاهُ ، وأَلْزَمْناهُ ما لم يَرْضَ به . ولأَنَّ الشَّرْطَ يَأْخُذُ قِسْطًا مِن الثَّمَنِ ، فإذا حَذَفْنَاهُ وَجَبَ رَدُّ ما سَقَطَ مِن الثَّمَنِ مِن أجْلِه ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيكُونُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا ، فيَفْسُدُ به العَقْدُ .

الإنصاف

و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

والثانِيَةُ ، لا يَفْسُدُ به العَقْدُ . وهو قَوْلُ ابنِ أبى لَيْلَى ؛ لحَدِيثِ بَرِيـرَةَ[1] . ولأنَّ العَقْدَ قد تمَّ بأرْكَانِه ، والشَّرْطَ زائِدٌ ، فإذا فَسَدَ وزَالَ ، سَقَطَ الفاسِدُ ، وبَقِيَ العَقْدُ برُكْنَيْه ، فَصَحَّ[2] ، كما لو لم يَشْتَرِطْ .

فصل : وإنْ شَرَطَه إلى الحَصَادِ ، أو الجَذاذِ ، احْتَمَلَ أنْ يكونَ كتَعْلِيقِه على قُدومِ زَيْدٍ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ويَتَقَدَّمُ ويَتَأَخَّرُ ، فكانَ مَجْهُولًا . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك يَتَقَارَبُ[3] فى العادَةِ ، ولا يَكْثُرُ تفاوُتُه . وإنْ شَرَطَهُ إلى العَطاءِ ، وأرادَ وَقْتَ العَطاءِ ، وكان مَعْلُومًا ، صَحَّ . وإنْ أرادَ نَفْسَ العَطاءِ ، فهو مَجْهُولٌ .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّه لو شرَطَه إلى الحَصادِ أوِ الجَدادِ ، أنَّه لا يجُوزُ ؛ لأنَّه مَجهولٌ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن ، والمذهبُ منهما ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » ، وظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ هنا وإنْ منَعْنا فى المَجْهولِ ؛ لأنَّه مَعْروفٌ فى العادَةِ ، ولا يتفاوَتُ كثيرًا . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الفائقِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما المُصَنِّفُ فى هذا الكتابِ فى بابِ السَّلَمِ ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الخُلاصَةِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا شرَط الخِيارَ مُدَّةً ، على أنْ يثْبُتَ يَوْمًا ولا يثْبُتَ يوْمًا ،

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٤ .

(2) سقط من : م .

(3) فى م : « يتفاوت » .

المقنع

وَلَا يَثْبُتُ إِلَّا فِى الْبَيْعِ ، وَالصُّلْحُ بِمَعْنَاهُ ، وَالْإِجَارَةُ فِى الذِّمَّةِ ، أَوْ عَلَى مُدَّةٍ لَا تَلِى الْعَقْدَ .

الشرح الكبير

فصل : وإنْ شَرطَا الخِيارَ شَهْرًا ، يَوْمًا يَثْبُتُ ، ويَوْمًا لَا ، فقال ابنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فى اليَومِ الأَوَّلِ ؛ لإمْكَانِه ، ويَبْطُلُ فيما بَعْدَه ؛ لأنَّه إذا لَزِمَ فى اليَوْمِ الثانِى ، لم يَعُدْ إلى الجَوازِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ الشَّرْطُ كُلُّه ؛ لأنَّه شَرْطٌ واحِدٌ تَنَاوَلَ الخِيارَ فى أيّامٍ ، فإذا فَسَدَ بَعْضُه ، فَسَدَ جَمِيعُه ، كما لو شَرَطَه إلى الحَصادِ .

١٦٠٤ – مسألة : (ولا يَثْبُتُ إلَّا فى البَيْعِ ، والصُّلْحُ بمَعْنَاهُ ، والإِجَارَةُ فى الذِّمَّةِ ، أو على مُدَّةٍ لا تَلِى العَقْدَ) لا نَعْلَمُ خِلافًا فى ثُبُوتِ خِيارِ الشَّرْطِ فى البَيْعِ الذى لا يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ فى المَجْلِسِ ، وكذلك الصُّلْحُ بمَعْنَى البَيْعِ ؛ لأنَّهُ بَيْعٌ بلَفْظِ الصُّلْحِ ، والهِبَةُ بعِوَضٍ ، على إحْدى الرِّوَايَتَيْنِ ، والإِجَارَةُ فى الذِّمَّةِ ، نحوَ أنْ يقولَ : اسْتأْجَرْتُكَ لتَخِيطَ لى هذا

الإنصاف

فقيلَ : يصِحُّ مُطْلَقًا . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . وقيل : يصِحُّ فى اليَوْمِ الأَوَّلِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، لو شرَط خِيارَ الشَّرْطِ حِيلَةً ؛ ليَرْبَحَ فيما أقْرَضَه ، لم يَجُزْ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . قلتُ : وأكثرُ النَّاسِ يسْتَعْمِلُونَه فى هذه الأزْمِنَةِ ، ويَتَداوَلُونَه فيما بينَهم ، فلا حَوْلَ ولا قُوَّةَ إلَّا باللهِ .

قوله : ولا يَثْبُتُ إلَّا فى البَيْعِ ، والصُّلْحُ بمَعْناه . بلا نِزاعٍ .

تنبيهات ؛ الأَوَّلُ ، مفْهومُ قولِه : ويَثْبُتُ فى الإجارَةِ فى الذِّمَّةِ ، أو على مُدَّةٍ لا

الشرح الكبير

الثَّوْبَ . ونحوه ؛ لأنَّ الإجَارَةَ بَيْعُ المَنافِعِ ، فأشْبَهَتْ بَيْعَ الأعْيَانِ . فأمَّا الإجَارَةُ المُعَيَّنَةُ ، فإنْ كانت مُدَّتُها مِن حين العَقْدِ ، دَخَلَها خِيارُ المَجْلِسِ دُونَ خِيارِ الشَّرْطِ ؛ لأنَّ دُخولَه يُفضِى إلى فَوْتِ بَعْضِ المَنافِعِ المَعْقُودِ عليها ، أو اسْتِيفَائِها[1] فى مُدَّةِ الخِيارِ ، وكلاهُما لا يَجُوزُ . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِيِّ . وذَكَرَ القاضِى مَرَّةً مِثلَ هذا ، ومَرَّةً قال : يَثْبُتُ فيها خِيارُ الشَّرْطِ ، قِياسًا على البَيْعِ . وقد ذَكَرْنَا ما يَقْتَضِى الفَرْقَ بَيْنَهُما . فإنْ كانتِ المُدَّةُ لا تَلِى العَقْدَ ، ثَبَت فيها [٢٦١/٣و] خِيارُ الشَّرْطِ ، إذا كانت مُدَّةُ الخِيَارِ لا تَشْتَمِلُ على شىءٍ مِن مُدَّةِ العَقْدِ . فإنْ كانت بَعْضُ مُدَّةِ العَقْدِ تَدْخُلُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَجُزْ ؛ لِما ذَكَرْنَا .

الإنصاف

تَلِى العَقْدَ . أنَّها لو وَلِيَتِ العَقْدَ ، لا يَثْبُتُ فيها . وهو صَحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو أقْيَسُ . صَحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفروعِ » وغيرِه . وقيل : يَثْبُتُ . قالَه القاضى فى كتابِ الإجارَةِ مِنَ « الجامعِ الصَّغِيرِ » . قال فى « الفائقِ » : اخْتارَه شيْخُنا ، وهو المُخْتارُ . انتهى . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . الثَّانى ، قوْلُه : ويَثْبُتُ فى الإجارَةِ فى الذِّمَّةِ . هكذا قال الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : قلتُ : إنْ لم يجِب الشُّروعُ فيه عَقِيبَ العَقْدِ . الثَّالثُ ، ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ خِيارَ الشَّرْطِ لا يَثْبُتُ إلَّا فيما ذكَرَه ؛ وهو البَيْعُ ، والصُّلْحُ بمَعْناه ، والإجارَةُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وهو المذهبُ إلَّا فى القِسْمَةِ ؛ فإنَّه يَثْبُتُ فيها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » .

---

(١) فى م : « استبقائها » .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَاهُ إِلَى الْغَدِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِى الْمُدَّةِ . وَعَنْهُ ، يَدْخُلُ .

الشرح الكبير

١٦٠٥ – مسألة : (وإنْ شَرَطَاهُ إلى الغَدِ ، لم يَدْخُلْ فى المُدَّةِ) وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ (وعنه ، يَدْخُلُ) وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ « إلى » تُسْتَعْمَلُ بِمَعْنَى « مع » ، كقَوْلِه تعالَى : ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾[1] . ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾[2] . والخِيَارُ ثابتٌ بيَقِينٍ ، فلا نُزِيلُه بالشَّكِّ . ولَنا ، أنَّ مَوْضُوعَ « إلى » لانْتِهاءِ الغايَةِ ، فلا يَدْخُلُ ما بَعْدَها فيما قَبْلَهَا ، كقَوْلِه تَعالَى : ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾[3] . وكالأَجَلِ . وليس هٰهُنا شَكٌّ ، فإنَّ الأَصْلَ حَمْلُ اللَّفْظِ

الإنصاف

وقطَع به القاضى فى « التَّعْليقِ » . وقدَّمه المجدُ فى « شَرْحِه » . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يثْبُتُ إن كان فيها رَدُّ عِوَضٍ ، وإلَّا فلا . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : ولا يدْخُلُ القِسْمَةَ خِيارٌ إن قُلْنا : هى إفرازٌ . كما قال فى خِيارِ المَجْلِس . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، أنَّه يثْبُتُ فى الحَوالَةِ . انتهى . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : يثْبُتُ فى الضَّمانِ والكَفالَةِ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ الجَوْزِىِّ . وفى طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ ، يُثْبِتُ خِيارَ الشَّرْطِ كلُّ ما يَثْبُتُ به خِيارُ المَجْلسِ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، فقال : خِيارُ الشَّرْطِ يثْبُتُ فيما يثْبُتُ فيه خِيارُ المَجْلسِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يجوزُ خِيارُ الشَّرْطِ فى كلِّ العُقودِ .

قوله : وإن شَرَطاه إلى الغَدِ ، لم يدْخُلْ فى المُدَّةِ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يدْخُلُ . قال فى « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : وإنْ قال : بِعْتُكَ وَلِىَ

(١) سورة المائدة ٦ .

(٢) سورة النساء ٢ .

(٣) سورة البقرة ١٨٧ .

المقنع وَإِنْ شَرَطَاهُ مُدَّةً ، فَابْتِدَاؤُهَا مِنْ حِينِ الْعَقْدِ .

الشرح الكبير على مَوْضُوعِه ، فكأَنَّ الواضِعَ قال : مَتَى سَمِعْتُم هذه اللَّفْظَةَ ، فافْهَمُوا منها انْتِهاءَ الغَايَةِ . وفيما اسْتَشْهَدُوا به حُمِلَتْ «إلى» على مَعْنَى «مع» بدَلِيلٍ ، أو لِتَعَذُّرِ حَمْلِها على مَوْضُوعِها. ولأَنَّ الأَصْلَ لزومُ العَقْدِ، وإنَّما خُولِفَ فيما اقْتَضَاهُ الشَّرْطُ، فيَثْبُتُ ما يُتَيَقَّنُ منه، وما شَكَكْنَا فيه رَدَدْنَاهُ إلى الأَصْلِ .

فصل : وإنْ شَرَطَ الخِيارَ إلى طُلوعِ الشَّمْسِ ، أو إلى غُروبِها ، صَحَّ . وقال بعضُ أَهْلِ العِلْمِ : لا يَصِحُّ تَوْقِيتُه بطُلُوعِها ؛ لأَنَّها قد تَتَغَيَّمُ ، فلا يُعْلَمُ وَقْتُ طُلُوعِها . ولَنا ، أَنَّه تَعْلِيقٌ[1] للخِيارِ بأَمْرٍ ظاهِرٍ مَعْلُومٍ ، فصَحَّ ، كتَعْلِيقِه بغُرُوبِها . وطُلُوعُ الشَّمْسِ بُروزُها مِن الأُفُقِ ، كما أَنَّ غُروبَها سُقوطُ القُرْصِ . ولذلك لو عَلَّقَ طَلاقَ امْرَأَتِه ، أو عِتْقَ عَبْدِه بطُلُوعِ الشَّمْسِ ، وَقَعَ ببُروزِها مِن الأُفُقِ . وإنْ عَرَضَ غَيْمٌ يَمْنَعُ المَعْرِفَةَ بطُلُوعِها ، [2]فالخِيارُ ثابِتٌ ، حتى يَتَيَقَّنَ طُلُوعَها[2] ، كما لو عَلَّقَه بغُرُوبِها ، فمَنَعَ الغَيْمُ المَعْرِفَةَ بوَقْتِه . ولو جَعَلَ الخِيارَ إلى طُلوعِ الشَّمْسِ مِن تحتِ السَّحابِ ، أو إلى غَيْبَتِها تَحْتَه ، كان خِيارًا مَجْهُولًا .

١٦٠٦ – مسألة : (وإنْ شَرَطَاهُ مُدَّةً ، فابْتِداؤُها مِن حينِ العَقْدِ .

الإنصاف الخِيارُ إلى الغَدِ . فله أنْ يفْسَخَ إلى أن يبْقَى مِنَ الغَدِ أدْنَى جُزْءٍ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

قوله : وإنْ شَرَطاهُ مُدَّةً ، فابْتِداؤُها مِن حينِ العَقْدِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ

(١) فى الأصل ، ق ، ر١ : « تعليم » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ق .

المقنع

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حِينِ التَّفَرُّقِ .

الشرح الكبير

(ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ مِن حِينِ التَّفَرُّقِ) إذا شَرَطَ الخِيارَ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، اعْتَبَرْنا مُدَّةَ الخِيارِ مِن حينِ العَقْدِ ، فى أظْهَرِ الوَجْهَيْنِ . والآخَرُ مِن حينِ التَّفَرُّقِ ؛ لأنَّ الخِيارَ ثابتٌ فى المَجْلِسِ حُكْمًا[1] ، فلا حاجَةَ إلى إثْبَاتِه بالشَّرْطِ ، ولأنَّ حالَةَ المَجْلِسِ كحَالَةِ العَقْدِ ؛ لأنَّ لهما فيه الزِّيادَةَ والنُّقْصانَ ، فكان كحَالَةِ العَقْدِ فى ابْتِداءِ مُدَّةِ الخِيارِ بعدَ انْقِضَائِه . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأنها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فأَشْبَهَتِ الأَجَلَ ، ولأنَّ الاشْتِراطَ سَبَبُ ثُبوتِ الْخِيارِ ، فيَجِبُ أنْ يَتَعقَّبَه حُكْمُه ، كالْمِلْكِ فى البَيْعِ . ولأنَّنا لو جَعَلْنَا ابْتِداءَها مِن حينِ التَّفَرُّقِ ، أدَّى إلى جَهالَتِه ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ متى يَتَفَرَّقَانِ ، فلا نَعْلَمُ مَتَى ابْتِداؤُه ، ولا وَقْتَ انْتِهائِه . ولا يُمْنَعُ ثُبوتُ الحُكْمِ بسَبَبَيْنِ ، كتَحْرِيمِ الوَطْءِ بالصِّيَامِ والإِحْرَامِ . فعلى هذا ، لو شَرَطَ ابْتِداءَه مِن حينِ التَّفَرُّقِ ، لم يَصِحَّ ، إلَّا على قَوْلِنا بصِحَّةِ الخِيارِ

الإنصاف

الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وصحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . ويحْتَمِلُ أن يكونَ مِن حينِ التَّفَرُّقِ . وهو وَجْهٌ . وجزَم به فى « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « نَظْمِها » ، وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الحاوِيَيْن » .

فائدة : فلو قُلْنا : مِن حينِ العَقْدِ . فصَرَّحا باشْتِراطِه مِن حينِ التَّفَرُّقِ ، أو بالعَكْسِ ، ففى صِحَّةِ ذلك وَجْهانِ ؛ أظْهَرُهما ، بُطْلانُه فى القِسْمِ الأَوَّلِ ، وصِحَّتُه

---

(١) فى م : « حقًّا » .

المقنع وَإِنْ شَرَطَ [٩٦ظ] الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ ، جَازَ ، وَكَانَ تَوْكِيلًا لَهُ فِيهِ .

الشرح الكبير المَجْهُولِ . وإنْ قُلْنَا : ابْتِداؤُه مِن حينِ التَّفَرُّقِ . فشَرَط ثُبوتَه مِن حينِ [٢٦١/٣ظ] العَقْدِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مَعْلُومُ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ خِيارَ المَجْلِسِ يُغْنِى عن خيارٍ آخَرَ ، فيَمْنَعُ ثُبُوتَه . والأَوَّلُ أَوْلَى . ومَذْهَبُ الشّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ على ما ذَكَرْنَا .

١٦٠٧ – مسألة : (وإنْ شَرَطَ الخِيارَ لغَيْرِه ، جازَ ، وكان تَوْكِيلًا له فيه) إذا شَرَطَ الخِيارَ لأَجْنَبِىٍّ ، صَحَّ ، وكان اشْتِرَاطًا لنَفْسِه ، وتَوْكِيلًا لغَيْرِه فيه . وهذا قوْلُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ . وللشّافِعِىِّ قَوْلَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ . وهو قَوْلُ القاضِى إذا أطْلَقَ الخِيارَ لفُلَانٍ ، أو قال : لفُلَانٍ دُونِى . لأنَّ الخِيارَ شُرِعَ لتَحْصِيلِ الحَظِّ لكُلِّ واحِدٍ مِن المُتَعاقِدَيْنِ بنَظَرِه ، فلا يكونُ لمن لا حَظَّ له . وإنْ جَعَلَ الأَجْنَبِىَّ وَكِيلًا ، صَحَّ . ولَنا ، أنَّ الخِيارَ يَعْتَمِدُ شَرْطَهُمَا ، ويُفَوَّضُ إلَيْهِما ، وقد أمْكَنَ تَصْحِيحُ شَرْطِهما وتَنْفِيذُ تَصَرُّفِهما على الوَجْهِ الذى ذَكَرْنَاهُ ، فلا يَجُوزُ إلْغاؤُه مع إمْكَانِ تَصْحِيحِه ؛

الإنصاف فى الثّانِى. قالَه فى «التَّلْخيصِ » ، و« الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما . وقال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : إنْ عُلِمَ وَقْتُ التَّفرُّقِ ، فهو أوَّلُ خِيارِ الشَّرْطِ ، وإنْ جُهِلَ ، فمِنَ العَقْدِ ، ولا يصِحُّ شَرْطُ عكْسِها إلَّا أنْ يصِحَّ .

قوله : وإنْ شرَط الخِيارَ لغيرِه ، جازَ ، وكان تَوْكِيلًا له فيه ، وإنْ شرَطا الخِيارَ لأحَدِهما دونَ صاحِبِه ، جازَ . يجوزُ أن يشْرُطا الخِيارَ لهما ولأحَدِهما ولغيرِهما ، لكِنْ إذا شرَطَه لغيرِه ، فتارَةً يقولُ : له الخِيارُ دُونِى . وتارةً يقولُ : الخِيارُ لى وله . وتارةً يجْعَلُ الخِيارَ له ، ويُطْلِقُ ؛ فإنْ قال : له الخِيارُ دُونِى . فالصَّحيحُ مِنَ

الشرح الكبير

لقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهم »[1] . فعلى هذا ، يكونُ لكُلٍّ واحِدٍ مِن المُشْتَرِطِ وَوَكِيله الذى شَرَطَ له الخِيارَ ، الفَسْخُ . ولو كانَ المَبِيعُ عَبْدًا ، فشَرَطَ الخِيارَ له ، صَحَّ ، سواءٌ شَرَطَه له البائِعُ أو

الإنصاف

المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُنوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى [٢/ ٧٤ظ] « الفُروعِ » وغيرِه . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ صِحَّتُه . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . فعلى هذا ، هل يخْتَصُّ الحُكْمُ بالوَكيلِ ، أو يكونَ له وللمُوَكِّلِ ، ويُلْغَى قوْلُه : دُونِى ؟ ترَدَّدَ شيْخُنا فى « حَواشِيه » . قال فى « الفُروعِ » : قلتُ : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، أنَّه يكونُ للوَكيلِ وللمُوَكِّلِ ، فإنَّهما قالَا ، بعدَ ذِكْرِ المسائلِ كلِّها : فعلى هذا ، يكونُ الفَسْخُ لكُلٍّ واحدٍ مِنَ المُشْتَرِطِ ووَكيله الذى شرَط له الخِيارَ . وإنْ قال : الخِيارُ لِى ولَه . صحَّ قوْلًا واحدًا . وإنْ جعَل الخِيارَ له وأطْلَقَ ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الحاوِى الكَبيرِ » . قال فى « الفائقِ » : وقال الشَّيْخُ وغيرُه : صَحيحٌ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحَه فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقيل : لا يصِحُّ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وجزَم به فى « الكافِى » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/ ١٣٩ .

الشرح الكبير

المشترى ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الأجْنَبِىِّ . وإن كان العاقِدُ وَكِيلًا ، فشَرَطَ الخِيارَ لنَفْسِه ، صَحَّ ، فإنَّ النَّظَرَ فى تَحْصِيلِ الحَظِّ مُفَوَّضٌ إليه . وإنْ شَرَطَه للمَالِكِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه المالِكُ والحَظُّ له . وإنْ شَرَطَهُ لأَجْنَبِىٍّ ، انْبَنَى على الرِّوَايَتَيْنِ فى صِحَّةِ تَوْكِيلِ الوَكِيلِ .

فصل : ولو قالَ : بِعْتُكَ على أنْ أسْتأْمِرَ فُلانًا . و[1] حَدَّ ذلك بوَقْتٍ مَعْلُومٍ ، فهو خِيارٌ صَحِيحٌ ، وله الفَسْخُ قبل أنْ يَسْتأْمِرَ ؛ لأنَّا جَعَلْنَا ذلك كِنَايَةً عن الخِيارِ . وهذا قَوْلُ بَعْضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وإنْ لم يَضْبِطْه بمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فهو خِيارٌ مَجْهُولٌ ، فيه من الخِلافِ ما ذَكَرْنَاهُ .

الإنصاف

قوله : وكان تَوْكِيلًا له فيه . حيثُ صحَّحْناه يكونُ خِيارُ الفَسْخِ له ولمُوَكِّلِه ، فلا يَنْفَرِدُ به الوَكيلُ . وقطَع به الأكثرُ . قال فى « الفُروعِ » : ويكونُ تَوْكِيلًا لأحَدِهما فى الفَسْخِ . وقيل : للمُوَكِّلِ إنْ شرَطَه لنَفْسِه ، وجعَلَه وَكِيلًا . انتهى . وهى عِبارَةٌ مُشْكِلَةٌ ، والخِلافُ هنا لا يأْتِى فيما يظْهَرُ ؛ فإنَّا حيثُ جعَلْناه وَكيلًا ، لابُدَّ أنْ يكونَ فى شيءٍ يسُوغُ له فِعْلُه ، وقولُه : ويكونُ تَوْكِيلًا لأحَدِهما فى الفَسْخِ . لعَلَّه أرادَ لكلٍّ منهما ، يعْنِى ، فى المَسْأَلتَيْنِ الأخِيرتَيْن ، وهو مُشْكِلٌ أيضًا . ولشَيْخِنا على هذا كلامٌ كثيرٌ فى « حَواشِيه » ، لم يثْبُتْ فيه على شيءٍ .

فائدة : أمَّا خِيارُ المَجْلِسِ ، فيَخْتَصُّ الوَكِيلَ ؛ لأنَّه الحاضِرُ ، فإنْ حضَر المُوَكِّلُ فى المَجْلِسِ ، وحجَر على الوَكيلِ فى الخِيارِ ، رَجعَتْ حَقِيقَةُ الخِيارِ إلى المُوَكِّلِ ، فى أظْهَرِ الاحْتِمالَيْن . قالَه فى « التَّلْخيصِ » . وجزَم به فى « الفُروعِ »

---

(١) فى م : « أو » .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَا الْخِيَارَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ صَاحِبِهِ ، جَازَ .

الشرح الكبير

١٦٠٨ - مسألة : (وإنْ شَرَطَا الخِيارَ لأَحَدِهما دُونَ صاحِبِه ، جازَ[1]) يَجُوزُ شَرْطُ الخِيارِ لأَحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ دُونَ الآخَرِ ، ويجوزُ أنْ يَشْرُطَا لأَحَدِهما مُدَّةً ، وللآخَرِ دُونَها ؛ لأنَّ ذلك حَقُّهُما ، وإنَّما جُوِّزَ رِفْقًا بهما ، فكَيْفَما تَراضَيا به ، جازَ . ولو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ ، وشَرَطَ الخِيارَ فى أحَدِهما بِعَيْنِه دُونَ الآخَرِ ، صَحَّ ؛ لأَنَّ أَكْثَرَ ما فيه أنَّه جَمَعَ بينَ مَبِيعٍ فيه الخِيارُ ، وبينَ مَبِيعٍ لا خِيارَ فيه ، وذلك جائِزٌ بالقِياسِ على شِراءِ ما فيه شُفْعَةٌ ، وما لَا شُفْعَةَ فيه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويكونُ كُلُّ واحِدٍ منهما مَبِيعًا بِقِسْطِه مِن الثَّمَنِ . فإنْ فَسَخَ البَيْعَ فيما فيه الخِيارُ ، رَجَعَ بِقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، كما لو وَجَدَ أحَدَهما مَعِيبًا فرَدَّه . وإنْ شَرَطَ الخِيارَ فى أحَدِهما ، لا بِعَيْنِه ، أو شَرَطَ الخِيارَ لأحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ ، لا بِعَيْنِهِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه مَجْهُولٌ ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى واحِدًا مِن عَبْدَيْنِ لا بِعَيْنِه ، ولأَنَّه يُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، فرُبَّما طَلَبَ كُلُّ واحِدٍ مِن المُتَعاقِدَيْنِ ضِدَّ ما يَطْلُبُه الآخَرُ ، ويَدَّعِي أنَّنِى المُسْتَحِقُّ للخِيارِ ، أو يَطْلُبُ مَنْ له الخِيارُ رَدَّ أحَدِ المَبِيعَيْنِ ، ويقولُ : ليس هذا الذى شَرَطْتُ لَكَ الخِيارَ فيه . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ شَرْطُ الخِيارِ فى أحَدِ المَبِيعَيْنِ بعَيْنِه ، كما لا يَصِحُّ [٢٦٢/٣و] بَيْعُه بِقِسْطِه مِن الثَّمَنِ . وهذا كُلُّه مَذْهَبُ الشّافِعِيِّ .

الإنصاف

فى بابِ الوَكالَةِ . ويأْتِى هناك شىءٌ يتعلَّقُ بهذا .

(١) فى الأصل ، م : « صح » .

المقنع وَلِمَنْ لَهُ الْخِيَارُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ صَاحِبِهِ ، وَلَا رِضَاهُ. وَإِنْ مَضَتِ الْمُدَّةُ ، وَلَمْ يَفْسَخَا ، بَطَلَ خِيَارُهُمَا ،...............

الشرح الكبير **١٦٠٩** - مسألة : (ولِمَنْ له الخِيارُ الفَسْخُ مِن غَيْرِ حُضُورِ صاحِبه ، ولا رِضَاهُ) وبهذا قال مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، وزُفَرُ . وقال أبو حَنِيفَةَ : ليس له الفَسْخُ إلَّا بحُضُورِ صاحِبه ، كالوَدِيعَةِ . ولَنا ، أنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضَا صاحِبه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُضُورِه ، كالطَّلاقِ . وما ذَكَرَه يَنْتَقِضُ بالطَّلاقِ ، والوَدِيعَةُ لا حَقَّ للمُودَعِ فيها ، ويَصِحُّ فَسْخُها مع غَيْبَتِه .

١٦١٠ - مسألة : (وإن مَضَتِ المُدَّةُ ، ولم يَفْسَخَا ، بَطَلَ خِيَارُهما) إذا انْقَضَتْ مُدَّةُ الخِيارِ ، ولم يَفْسَخْ أحَدُهُما ، بَطَلَ الخِيَارُ ، ولَزِمَ العَقْدُ . وهذا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ ، والشّافِعِيِّ . وقال القاضِي : لا يَلْزَمُ

الإنصاف قوله : ولِمَن له الخِيارُ الفَسْخُ مِن غيرِ حُضُورِ صاحِبِه ولا رِضاه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وأطْلَقُوا . قال المَجْدُ في « شَرْحِه » : هو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ . ونقَل أبو طالِبٍ ، له الفَسْخُ بردِّ الثَّمَنِ . وجزَم به الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، كالشَّفِيعِ . قلتُ : وهذا الصَّوابُ الذى لا يُعْدَلُ عنه ، خُصوصًا في زَمَنِنا هذا ، وقد كَثُرَتِ الحِيَلُ . ويحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ كلامُ مَن أطْلَقَ على ذلك . وخرَّج أبو الخَطَّابِ ، ومَن تَبِعَه مِن عَزْلِ الوَكيلِ ، أنَّه لا يُفْسَخُ في غَيْبَتِه حتى يبْلُغَه في المُدَّةِ . قال في « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والسِّتِّين » : وفيه نظَرٌ ، فإنَّ من له الخِيارُ يتَصرَّفُ بالفَسْخِ .

قوله : وإنْ مَضَتِ المُدَّةُ ولم يفْسَخاه ، بطَل خِيارُهما . يعْنِي ، ولَزِمَ البَيْعُ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : لا يَلْزَمُ بمُضِيِّ

الشرح الكبير

بمُضِىِّ المُدَّةِ . وهو قَوْلُ مالِكٍ ؛ لأَنَّ مُدَّةَ الخِيارِ ضُرِبَتْ لِحَقٍّ له ، لا لِحَقٍّ عليه ، فلم يَلْزَمِ الحُكْمُ بنَفْسِ مُرُورِ الزَّمَانِ ، كمُضِىِّ الأَجَلِ فى حَقِّ المُولِى . ولَنا ، أنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فَبطَلَتْ بانْقِضَائِها ، كالأَجَلِ . ولأَنَّ الحُكْمَ ببَقَائِها يُفْضِى إلى بَقاءِ الخِيارِ فى غيرِ المُدَّةِ التى شَرَطَاه فيها ، والشَّرْطُ يُثْبِتُ الخِيارَ ، فلا يَجُوزُ أنْ يَثْبُتَ به ما لم يَتَناوَلْه ، ولأَنَّه حُكْمٌ مُؤَقَّتٌ ، فَفاتَ بفَواتِ وَقْتِه ، كسائِرِ المُؤَقَّتاتِ . ولأَنَّ البَيْعَ يَقْتَضِى اللُّزُومَ ، وإنَّما يَخْتَلِفُ مُوجَبُه بالشَّرْطِ ، ففيما لم يَتَناوَلْهُ الشَّرْطُ يَجِبُ أنْ يَثْبُتَ مُوجَبُه ؛ لزَوَالِ المُعارِضِ ، كما لو أمْضَيَاهُ . وأمَّا المُولِى ، فإنَّ المُدَّةَ إنَّما ضُرِبَتْ لاسْتِحْقاقِ المُطَالَبَةِ ، وهى تُسْتَحَقُّ بمُضِىِّ المُدَّةِ . والحُكْمُ فى هذه المسألةِ ظاهِرٌ .

فصل : فإنْ قال أحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ عندَ العَقْدِ : لا خِلَابَةَ[1] . فقال أحمدُ : أَرَى ذلك جائزًا ، وله الخِيارُ إنْ كان خَلَبَهُ ، وإنْ لم يَكُنْ خَلَبَه ، فليس له خِيارٌ . وذلك لأَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ للنَّبِىِّ ﷺ أنَّه يُخْدَعُ فى البَيْعِ ، فقال : « إذَا بايَعْتَ ، فقُلْ : لا خِلَابَةَ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولمُسْلِمٍ :

الإنصاف

المُدَّةِ . اخْتارَه القاضى ؛ لأَنَّ مُدَّةَ الخِيارِ ضُرِبَتْ لحَقٍّ له ، لا لحَقٍّ عليه ، فلم

(١) الخلابة : المخادعة .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من الخداع فى البيع ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما ينهى عن إضاعة المال ... ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب من رد أمر السفيه والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الإمام ... ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب ما ينهى من الخداع فى البيع ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٨٥/٣ ، ٨٦ ، ١٥٧ ، ١٥٩ ، ٣١/٩ . ومسلم ، فى : باب من يخدع فى البيع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ١١٦٥/٣ . =

الشرح الكبير

« مَنْ بايَعْتَ فَقُلْ : لا خِلَابَةَ » . فكان إذا بايَعَ يقولُ : لا خِلَابَةَ[1] . قال شَيْخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَكُونَ له خِيارٌ ، ويكونُ هذا الخَبَرُ خاصًّا لِحَبَّانَ[3] ؛ لأنَّه رُوِىَ أنَّه عاشَ إلى زَمَنِ عثمانَ ، فكان يُبايِعُ النَّاسَ ثم يُخاصِمُهم ، فيَمُرُّ بهم بعضُ الصَّحابَةِ ، فيقولُ لمَنْ يُخاصِمُه : وَيْحَكَ ، إنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ له الخِيارَ ثَلَاثًا[4] . وهذا يَدُلُّ على اخْتِصاصِه بهذا ؛ لأنَّه لو كانَ للنَّاسِ عامَّةً لقالَ لِمَنْ يُخاصِمُه : إنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ الخِيارَ لِمَنْ قال : لا خِلَابَةَ . وقال بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : إنْ كانَا عالِمَيْنِ أنَّ ذلك عِبارَةٌ عن خِيارِ الثَّلاثِ ، ثَبَتَ ، وإنْ عَلِمَ أحَدُهما دُونَ الآخَرِ ، فعلى وَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه رُوِىَ أنَّ حَبَّانَ بنَ مُنْقِذِ بنِ عَمْرٍو ، كان لا يَزالُ يُغْبَنُ ، فأَتَى النَّبِىَّ ﷺ ، فذَكَرَ ذلك له ، فقال : « إذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فقُلْ : لا خِلَابَةَ . ثُمَّ أنْتَ فى كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَها بالخِيَارِ ثَلاثَ لَيالٍ ، فإنْ رَضِيتَ أَمْسَكْتَ ، وإن

الإنصاف

يَلْزَمِ الحُكْمُ بمُضِىِّ المُدَّةِ ، كمُضِىِّ الأجَلِ فى حَقِّ المُولِى . فعلى هذا ، يَنْبَغِى

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يقول عند البيع لا خلابة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يخدع فى البيع ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥٧/٥ . والنسائى ، فى : باب الخديعة فى البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٢٢/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الحجر على من يفسد ماله ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع البيوع ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٨٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٢/٢ ، ٨٠ ، ١٢٩ ، ١٣٠ .

(١) فى صحيح مسلم : « خيابة » . وانظر شرح النووى ٢٤/٤ .

(٢) فى : المغنى ٤٦/٦ .

(٣) حَبَّان بن منقذ بن عمرو ، الأنصارى الخزرجى ، له صحبة ، شهد أحدًا وما بعدها ، توفى فى خلافة عثمان . أسد الغابة ٤٣٧/١ .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار فى البيع أكثر من ثلاثة أيام ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٢٧٣/٥ ، ٢٧٤ .

الشرح الكبير

سَخِطْتَ فارْدُدْها على صَاحِبِهَا »(1) . وما ثَبَتَ فى حَقِّ واحِدٍ مِن الصَّحَابَةِ ، ثَبَتَ فى حَقِّ غَيْرِه ، ما لم يَقُمْ على اخْتِصاصِه دَلِيلٌ . ولَنا ، أنَّ هذا اللَّفْظَ لا يَقْتَضِى الْخِيَارَ مُطْلَقًا ، ولا يَقْتَضِى تَقْيِيدَه بثَلَاثٍ ، والأَصْلُ اعْتِبارُ اللَّفْظِ [٢٦٢/٣ظ] فيما يَقْتَضِيه . والخَبَرُ الذى احْتَجُّوا به إنَّما رَوَاهُ ابنُ ماجَه مُرْسَلًا ، وهم لا يَرَوْنَ المُرْسَلَ حُجَّةً ، ثم لم يَقُولُوا بالحَدِيثِ على وَجْهِه ، إنَّما قالُوا : إنَّه فى حَقِّ مَنْ يَعْلَمُ أنَّ مُقْتَضَاهُ ثُبوتُ الخِيارِ ثَلَاثًا . ولا يَعْلَمُ ذلك أحَدٌ ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ لا يَقْتَضِيه ، فكَيْفَ يَعْلَمُ أنَّ مُقْتَضَاهُ ما لا يَقْتَضِيه ، ولا يَدُلُّ عليه ، وعلى أنَّه إنَّما كان خاصًّا لحَبَّانَ ، بدَلِيلِ ما رَوَيْنَاهُ ، ولأَنَّه كان يُثْبِتُ له الرَّدَّ على مَن لم يَعْلَمْ مُقْتَضَاهُ .

فصل : إذا شَرَطَ الخِيَارَ حِيلَةً على الانْتِفَاعِ بالقَرْضِ ؛ لِيَأْخُذَ غَلَّةَ المَبِيعِ ونَفْعَه فى مُدَّةِ انْتِفاعِ المُقْتَرِضِ بالثَّمَنِ ، ثم يَرُدَّ المَبِيعَ بالخِيَارِ عندَ رَدِّ الثَّمَنِ ، فلا خَيْرَ(2) فيه ؛ لأَنَّه مِن الحِيَلِ . ولا يَحِلُّ لآخِذِ الثَّمَنِ الانْتِفَاعُ به فى مُدَّةِ الخِيارِ ، ولا التَّصَرُّفُ فيه . قال الأَثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عَبْدِ اللهِ يُسْأَلُ عن الرَّجُلِ يَشْتَرِى مِن الرَّجُلِ الشَّىءَ ، ويقولُ : لَكَ الخِيَارُ إلى كذا وكذا . مِثْلَ العَقَارِ ؟ قال : هو جائِزٌ إذا لم يَكُنْ حِيلَةً ؛ أرادَ أنْ يُقْرِضَهُ ، فيَأْخُذُ منه العَقَارَ ، فَيَسْتَغِلُّهُ ، ويَجْعَلُ له فيه الخِيَارَ ،

الإنصاف

أنْ يُقالَ : إذا مضَتِ المُدَّةُ يُؤْمَرُ بالفَسْخِ ، فإنْ لم يَفْعَلْ ، فَسَخ عليه الحاكِمُ . كما قُلْنا فى المُولِى على ما يأْتِى .

---

(1) أخرجه ابن ماجه، فى: باب الحجر على من يفسد ماله، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢.

(2) فى م : « خيار » .

المقنع وَيَنْتَقِلُ الْمِلْكُ إِلَى الْمُشْتَرِى بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، فِى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير لِيَرْبَحَ فيما أَقْرَضَه بهذه الحِيلَةِ . فإنْ لم يَكُنْ أرادَ هذا ، فلا بَأْسَ . قيلَ لأبى عبدِ اللهِ : فإنْ أرادَ إرْفاقَه ؛ أرادَ أنْ يُقْرِضَه مالًا يَخافُ أنْ يَذْهَبَ ، فاشْتَرَى منه شَيْئًا ، وجعَلَ له الخِيَارَ ، لم يُرِدِ الحِيلَةَ ؟ فقال أبو عبدِ اللهِ : هذا جائزٌ ، إلَّا أنَّه إذا ماتَ انْقَطَعَ الخِيارُ ، لم يَكُنْ لوَرَثَتِه . وقولُ أحمدَ بالجَوازِ فى هذه المَسْأَلَةِ مَحْمُولٌ على المَبِيعِ الذى لا يُنْتَفَعُ به[1] إلَّا بإتْلَافِه ، أو على أنَّ المُشْتَرِىَ لا يَنْتَفِعُ بالمَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ؛ لئَلَّا يُفْضِىَ إلى أنَّ القَرْضَ جَرَّ مَنْفَعَةً .

١٦١١ – مسألة : (ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى بنَفْسِ العَقْدِ ، فى أظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ) يَنْتَقِلُ المِلْكُ فى بَيْعِ الخِيَارِ بنَفْسِ العَقْدِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الخِيارِ لهما أو لأحَدِهما ، أيِّهما كان . وهو أحَدُ أقْوالِ الشَّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ حتى يَنْقَضِىَ الخِيارُ .

الإنصاف قوله : ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى بنَفْسِ العَقْدِ فى أظْهَرِ الرِّوايتَيْن . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . وهذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : وهى المذهبُ الذى عليه الأصحابُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال فى « المُحَرَّرِ » : هذا أشْهَرُ الرِّوايتَيْن . قال فى « الفائقِ » : هذا أصحُّ الرِّوايتَيْن . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وإذا ثبَت المِلْكُ فى المَبِيعِ للمُشْتَرِى ، ثبَت فى الثَّمَنِ للبائعِ . انتهى . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا ينْتَقِلُ المِلْكُ عن

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وهو قَوْلُ مالِكٍ ، والقَوْلُ الثانِى للشَّافِعِىِّ . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، إذا كان الخِيَارُ لهما أو للبَائِعِ ، وإنْ كان للمُشْتَرِى ، خَرَجَ عن مِلْكِ البائِعِ ، ولم يَدْخُلْ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ البَيْعَ الذى فيه الخِيَارُ عَقْدٌ قاصِرٌ ، فلم يَنْقُلِ المِلْكَ ، كالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ . وللشافِعِىِّ قَوْلٌ ثالِثٌ ، أنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ ، فإنْ أَمْضَيا البَيْعَ تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ للمُشْتَرِى ، وإلَّا تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَنْتَقِلْ عن البائِعِ . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا ، وله مَالٌ ، فَمَالُه للبَائِعِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَه المُبْتَاعُ »[1] . وقَوْلُه : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أنْ يُؤَبَّرَ ، فَثَمَرُه

الإنصاف

البائِعِ حتى يَنْقَضِىَ الخِيارُ . فعليها ، يكونُ المِلْكُ للبائِع . وفى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، ومِنَ الأصحابِ مَن حكَى أنَّ المِلْكَ يخْرُجُ عنِ البائِعِ ، ولا يدْخُلُ إلى المُشْتَرِى . قال : وهو ضعيفٌ .

فائدة : حُكْمُ انْتِقالِ المِلْكِ فى خِيارِ المَجْلِسِ حُكْمُ انْتِقالِه فى خِيارِ الشَّرْطِ ، خِلافًا ومَذهَبًا .

تنبيه : لهذا الخِلافِ فَوائِدُ كثيرةٌ ، ذكَرَها العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » وغيرُه . منها ، لو اشْتَرَى مَن يعْتِقُ عليه ، أو زَوْجَتَه ، فعلى المذهبِ ، يعْتِقُ وينْفَسِخُ نِكاحُها ، وعلى الثَّانِيَةِ ، لا يثْبُتُ ذلك . ومنها ، لو حلَف لا يبِيعُ ، فَباعَ بشَرْطِ الخِيارِ ، خُرِّجَ على الخِلافِ . قدَّمه فى « القَواعِدِ » . وقال : ذكَرَه القاضى . وأنْكَرَ المَجْدُ ذلك ، وقال : يحْنَثُ على الرِّوايتَيْن . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأمَّا الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ، فلا يثْبُتُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، على كِلا الرِّوايتَيْن ، عندَ أكثرِ الأصحابِ ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ ؛ فمنهم مَن علَّلَ بأنَّ المِلْكَ لم يسْتَقِرَّ بعدُ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٠٣ .

الشرح الكبير

للبائعِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ » . مُتَّفقٌ عليه[1] . فجَعلَهَ للمُبْتَاعِ بمُجَرَّدِ اشْتِرَاطِه ، وهو عامٌّ فى كُلِّ بَيْعٍ . ولأنَّه بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فنَقلَ المِلْكَ عَقِيبَه ، كالذى لا خِيارَ فيه . ولأنَّ البَيْعَ تَمْلِيكٌ ، بدَلِيلِ أنَّه يَصِحُّ بقَوْلِه : مَلَّكْتُكَ . فيَثْبُتُ به المِلْكُ ، كسائِرِ البَيْعِ ؛ لأنَّ التَّمْلِيكَ يَدُلُّ على نَقلِ المِلْكِ إلى المُشْتَرِى ، ويَقْتَضِيه لَفْظُه ، وقد اعْتَبَرَه الشَّرْعُ ، وقَضَى بصِحَّتِه ، فوَجَبَ [٢٦٣/٣و] اعْتِبارُه فيما يَقْتَضِيه ويَدُلُّ عليه لَفْظُه ،

الإنصاف

ومنهم مَن علَّلَ بأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ يُسْقِطُ حَقَّ البائعِ مِنَ الخِيارِ ، فلذلك لم تجْزِ المُطالَبَةُ به فى [٢/ ٧٥و] مُدَّتِه . وهو تَعْلِيلُ القاضى فى « خِلافِه » . فعلى هذا ، لو كان الخِيارُ للمُشْتَرِى وحدَه ثبَتَتِ الشُّفْعَةُ . وذكَر أبو الخَطَّابِ احْتِمالًا بثُبوتِ الشُّفْعَةِ مُطْلَقًا ، إذا قُلْنا بانْتِقالِ المِلْكِ إلى المُشْتَرِى . قال فى « الفُروعِ » : تفْرِيعًا على المذهبِ . قال أبو الخَطَّابِ وغيرُه : ويأْخُذُ بالشُّفْعَةِ . ويأْتِى ذلك فى آخِرِ الشُّفْعَةِ ، فى أوَّلِ الفَصْلِ الأخيرِ مِن كلامِ المُصَنِّفِ . ومنها ، لو باعَ أحَدُ الشَّرِيكَيْن

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة ، وباب بيع النخل بأصله ، من كتاب البيوع ، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب المساقاة ، وباب إذا باع نخلا قد أبرت ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣/١٠٢ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ٢٤٧ . ومسلم ، فى : باب من باع نخلا عليها ثمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٧٢ ، ١١٧٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العبد يباع وله مال ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/٢٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٥٢ ، ٢٥٣ . والنسائى ، فى : باب النخل يباع أصلها ويستثنى المشترى ثمرها ، وباب العبد يباع ويستثنى المشترى ماله ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٠ ، ٢٦١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٥ ، ٧٤٦ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ثمر المال يباع أصله ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦١٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٦ ، ٩ ، ٥٤ ، ٦٣ ، ٧٨ ، ٨٢ ، ١٠٢ ، ١٥٠ ، ٥/٣٢٦ .

الشرح الكبير

وثُبُوتُ الخِيارِ فيه لا يُنَافِيهِ ، كما لو باعَ عَرْضًا بعَرْضٍ[1] ، فَوَجَدَ كُلُّ واحِدٍ منهما بما اشْتَرَاهُ عَيْبًا . وقَوْلُهم : إنَّه قاصِرٌ . غيرُ صَحِيحٍ ، وجَوازُ فَسْخِه لا يُوجِبُ قُصُورَهُ ، ولا يَمْنَعُ نَقلَ المِلْكِ فيه ، كبَيْعِ المَعِيبِ ، وامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ إنَّما كان لأَجْلِ حَقِّ الغَيْرِ ، فلا يَمْنَعُ ثُبُوتَ المِلْكِ ، كالمَرْهُونِ . وقَوْلُهم : إنَّه يَخْرُجُ عن مِلْكِ البائعِ ، ولا يَدْخُلُ فى مِلْكِ المُشْتَرِى. لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه يُفْضِى إلى وُجودِ مِلْكٍ بغيرِ مالِكٍ، وهو مُحَالٌ، ويُفْضِى أيضًا إلى ثُبُوتِ المِلْكِ للبائعِ فى الثَّمَنِ ، مِن غيرِ حُصُولِ

الإنصاف

شِقْصًا بشَرْطِ الخِيارِ ، فباعَ الشَّفيعُ حِصَّتَه فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فعلى المذهبِ ، يسْتَحِقُّ المُشْتَرِى الأَوَّلُ انْتِزاعَ شِقْصِ الشَّفِيعِ مِن يَدِ مُشْتَرِيه ؛ لأَنَّه شَرِيكُ الشَّفيعِ حالَةَ بَيْعِه . وعلى الثَّانيةِ ، يَسْتَحِقُّ البائعُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ المِلْكَ باقٍ له . ومنها ، لو باعَ عَبْدًا بشَرْطِ الخِيارِ ، وأَهَلَّ هِلالُ الفِطْرِ وهو فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فعلى المذهبِ ، الفِطْرَةُ على المُشْتَرِى . وعلى الثَّانيةِ ، على البائعِ . ومنها ، لو باعَ نِصابًا مِنَ الماشِيَةِ بشَرْطِ الخِيارِ حَوْلًا ، فعلى المذهبِ ، زَكاتُه على المُشْتَرِى . وعلى الثَّانيةِ ، على البائعِ . ومنها ، الكَسْبُ والنَّماءُ المُنْفَصِلُ فى مُدَّتِه ، فعلى المذهبِ ، هو للمُشْتَرِى ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . أَمْضَيا العَقْدَ أو فَسَخاه . وعنه ، إنْ فسَخ أحَدُهما ، فالنَّماءُ المُنْفَصِلُ للبائعِ . وعنه ، وكَسْبُه . وعلى الثَّانيَةِ للبائعِ . وقيل : هما للمُشْتَرِى إنْ ضَمِنَه . وستَأْتِى هذه المَسْأَلَةُ فى كلامِ المُصَنِّفِ . ومنها ، مُؤْنَةُ المَبيعِ مِنَ الحَيوانِ والعَبِيدِ ، فعلى المذهبِ ، على المُشْتَرِى . وعلى الثَّانيةِ ، على البائعِ . على ما يَأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ . ومنها ، لو تَلِفَ المَبيعُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فإنْ كان بعدَ

---

(١) فى الأصل ، م : « بعوض » .

الشرح الكبير

عِوَضِه للمُشْتَرِى ، أو إلى نَقْلِ مِلْكِه عن المَبيعِ ، مِن غيرِ ثُبُوتِه فى عِوَضِه . وكونُ العَقْدِ مُعاوَضَةً يأْبَى ذلك . وقولُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : إنَّ المِلْكَ مَوْقُوفٌ ، إنْ أمْضَيا البَيْعَ تَبَيَّنَّا أنَّه انتَقَلَ ، وإلَّا فلا . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ انْتِقالَ المِلْكِ إنَّما يَنْبَنِى على سَبَبِه النَّاقِلِ ، وهو البَيْعُ ، وذلك لا يَخْتَلِفُ

الإنصاف

القَبْضِ أو لم يَكُنْ منهما ، فمِن مالِ المُشْتَرِى على المذهبِ ، ومِن مالِ البائعِ على الثَّانيةِ . ومنها ، لو تعَيَّبَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فعلى المذهبِ ، لا يُرَدُّ بذلك إلَّا أنْ يكونَ غيرَ مَضْمُونٍ على المشْتَرِى ؛ لانْتِفاءِ القَبْضِ . وعلى الثَّانيةِ ، له الرَّدُّ بكُلِّ حالٍ . ومنها ، لو باعَ المُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ بعدَ الحَوْلِ ، بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم جاءَ ربُّها فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فإن قُلْنا : لم ينْتَقِلِ المِلْكُ . فالرَّدُّ واجِبٌ ، وإنْ قُلْنا بانْتِقالِه ، فوَجْهان . جزَم فى « الكافِى » بالوُجُوبِ . قلتُ : ويتَوَجَّهُ عدَمُ الوُجُوبِ ، وتكونُ له القِيمَةُ أو المِثْلُ . ومنها ، لو باعَ مُحِلٌّ صَيْدًا بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم أحْرَمَ فى مُدَّتِه ؛ فإنْ قُلْنا بانْتِقالِ المِلْكِ عنه ، فليس له الفَسْخُ ؛ لأنَّه ابْتِداءُ مِلْكٍ على الصَّيْدِ ، وهو مَمْنوعٌ منه ، وإنْ قُلْنا : لم ينتَقِلِ المِلْكُ عنه . فله ذلك ، ثم إنْ كان فى يَدِه المُشاهَدَةِ أرْسَلَه ، وإلَّا فلا . ومنها ، لو باعَتِ الزَّوْجَةُ الصَّداقَ قبلَ الدُّخولِ ، بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم طَلَّقَها الزَّوْجُ ؛ فإنْ قُلْنا : انْتَقَلَ المِلْكُ عنها ، ففى لُزومِ اسْتِرْدادِها وَجْهان . قلتُ : الأَوْلَى عدَمُ لزُومِ اسْتِرْدادِها . وإنْ قُلْنا : لم يَزَلْ فيها . اسْتَرَدَّه ، وَجْهًا واحدًا . ومنها ، لو باعَ أمَةً بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم فُسِخَ البَيْعُ ، وجَب على البائعِ الاسْتِبْراءُ ، على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، لا يَلْزَمُه ؛ لبَقاءِ المِلْكِ . ومنها ، لو اشْتَرى أمَةً بشَرْطِ الخِيارِ ، واسْتَبْرَأها فى مُدَّتِه ؛ فإنْ قُلْنا : المِلْكُ لم يَنْتَقِلْ إليه . لم يَكْفِه ذلك الاسْتِبْراءُ ، وإنْ قُلْنا بانْتِقالِه ، فقال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُغْنِى » ، وغيرِهما : يَكْفِى . وذكَر فى « التَّرْغيبِ » ، و « المُحَرَّرِ » وَجْهَيْن لعدَمِ اسْتِقْرارِ المِلْكِ .

الشرح الكبير

بإمْضَائِه وفَسْخِه ، فإنَّ إمْضاءَه ليس مِن المُقْتَضِى ، ولا شَرْطًا فيه ، إذْ لو كان كذلك لَما ثَبَتَ المِلْكُ قَبْلَه ، والفَسْخُ ليس بمَانِعٍ ، فإنَّ المَنْعَ لا يَتَقَدَّمُ المانِعَ ، كما أنَّ الحُكْمَ لا يَسْبِقُ سَبَبَهُ ولا شَرْطَهُ . ولأنَّ البَيْعَ مع الخِيَارِ سَبَبٌ يَثْبُتُ المِلْكُ عَقِيبَه فيما إذا لم يُفْسَخْ ، فوَجَبَ أن يُثْبِتَه وإنْ فُسِخَ ، كبَيْعِ المَعِيبِ ، وهو ظاهِرٌ إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

الإنصاف

ومنها ، التَّصَرُّفُ فى مُدَّةِ الخِيارِ والوَطْءُ . ويأْتِيان فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا .

فائدة : الحَمْلُ وَقْتَ العَقْدِ مَبِيعٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الفروعِ » وغيرِه . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : إنْ قُلْنا : للحَمْلِ حُكْمٌ ، فهو داخِلٌ فى العَقْدِ ، ويأْخُذُ قِسْطًا مِنَ العِوَضِ ، وإنْ قُلْنا : لا حُكْمَ له . لم يأْخُذْ قِسْطًا ، وكان ، بعدَ وَضْعِه ، حُكْمُه حُكْمَ النَّماءِ المُنْفَصِلِ . فلو رُدَّتِ العَيْنُ بعَيْبٍ ، فإنْ قُلْنا : له حُكْمٌ . رُدَّ مع الأصْلِ ، وإلَّا[1] كان حُكْمُه حُكْمَ النَّماءِ . قال : وقياسُ المذهبِ ، يَقْتَضِى أنَّ حُكْمَه حُكْمُ الأجْزاءِ ، لا حُكْمُ الوَلَدِ المُنْفَصِلِ ، فيَجِبُ رَدُّه معَ العَيْنِ ، وإنْ قُلْنا : لا حُكْمَ له . وهو أصحُّ . انتهى . وذكَر فى أوَّلِ « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والثَّمانِين » ، أنَّ القاضِىَ ، وابنَ عَقِيلٍ ، وغيرَهما ، قالوا : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ له حُكْمًا . انتهى . وعنه ، الحَمْلُ نَماءٌ ، فتُرَدُّ الأُمُّ بعَيْبٍ بالثَّمَنِ كلِّه . قطَع به فى « الوَسِيلَةِ » ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . فعلى المذهبِ ، هل هو كأحَدِ عَيْنَيْن ، أو تَبَعٌ للأُمِّ لا حُكْمَ له ؟ فيه رِوايَتان . ذكَرَهما فى « المُنْتَخَبِ » فى الصَّداقِ . وقد تقدَّم كلامُ ابنِ رَجَبٍ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى أثْناءِ الفَلَسِ : وإنْ كانتْ حِينَ البَيْعِ حامِلًا ، ثم أفْلَسَ المُشْتَرِى ، فله الرُّجُوعُ فيها وفى

(1) فى الأصل ، ط : « وإن » ، وانظر القواعد الفقهية ١٩٩ .

المقنع فَمَا حَصَلَ مِنْ كَسْبٍ ، أَوْ نَمَاءٍ مُنْفَصِلٍ ، فَهُوَ لَهُ ، أَمْضَيَا الْعَقْدَ ، أَوْ فَسَخَاهُ .

الشرح الكبير **١٦١٢** - مسألة : (فما حَصَلَ مِن كَسْبٍ ، أو نماءٍ مُنْفَصِلٍ ، فهو له ، أمْضَيَا العَقْدَ ، أو فَسَخَاه) ما يَحْصُلُ مِن غَلَّاتِ المَبِيعِ ونمائِه فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو للمُشْتَرِى ، أمْضَيَا العَقْدَ ، أو فَسَخَاه . قال أحمدُ ، فى مَن اشْتَرَى عَبْدًا ، وَوُهِبَ له مالٌ قبلَ التَّفَرُّقِ ثم اخْتارَ البائِعُ العَبْدَ : فالمالُ للمُشْتَرِى . وقال الشّافِعِىُّ : إنْ أَمْضَيَا العَقْدَ ، وقلنا : المِلْكُ للمُشْتَرِى . أو : مَوْقُوفٌ . فالنَّماءُ المُنْفَصِلُ له ، وإنْ قُلْنَا : المِلْكُ للبَائِعِ . فالنَّماءُ له . وإنْ فَسَخَا العَقْدَ ، وقُلْنَا : المِلْكُ للبائِعِ . أو : مَوْقُوفٌ . فالنَّماءُ له ، وإلَّا فهو للمُشْتَرِى . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ » .

الإنصاف وَلَدِها ؛ لأنَّها إذا كانتْ حامِلًا حينَ البَيْعِ ، فقد باعَ عَيْنَيْن ، وقد رجَع فيهما .

قوله : فما حصَل مِن كَسْبٍ ، أو نَماءٍ مُنْفَصِلٍ ، فهو له ، أمْضَيا العَقْدَ أو فَسَخاه . هذا مَبْنِىٌّ على المذهبِ ؛ وهو أنَّه يَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصْحابُ . وجزَم [٢/٧٥ظ] به فى « القَواعِدِ » وغيرِها . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، إنْ فَسَخ أحدُهما ، فالنَّماءُ المُنْفَصِلُ للبائعِ . وعنه ، والكَسْبُ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، يكونُ للبائعِ . وقيل : هما للمُشْتَرِى إنْ ضَمِنَه . وتقدَّم ذلك فى « الفَوائدِ » . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانيَةِ والثَّمانِين » : لو فُسِخَ البَيْعُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، وكان له نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فخرَّج فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » وَجْهَيْن ، كالفَسْخِ بالعَيْبِ . وذكَر القاضى فى « خِلافِه » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِه » ، أنَّ الفَسْخَ بالخِيارِ فَسْخٌ للعَقْدِ مِن أصْلِه ؛ لأنَّه لم يَرْضَ فيه

الشرح الكبير

قال التِّرْمِذِىُّ[1] : هذا حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وهذا مِن ضَمَانِ المُشْتَرِى ، فيَجِبُ أنْ يكونَ خَراجُه له . ولأنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ بالبَيْعِ ، على ما بَيَّنَّا ، فيَجِبُ أنْ يكونَ نَماؤُه للمُشْتَرِى ، كما بعدَ انْقضاءِ الخِيَارِ . ويَتَخَرَّجُ أنْ يكونَ النَّماءُ المُنْفَصِلُ للبائعِ ، إذا فَسَخَا العَقْدَ ، بناءً على قَوْلِنا : إنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ . فأمّا النّماءُ المُتَّصِلُ ، فهو تابعٌ للمَبِيعِ بكُلِّ حالٍ ، كما يَتْبَعُه فى الرَّدِّ بالعَيْبِ والمُقَايَلَةِ .

فصل : وضَمانُ المَبِيعِ على المُشْتَرِى إذا قَبَضَه ، أو لم[2] يَكُنْ مَكِيلًا ، ولا مَوْزُونًا . فإن تَلِفَ ، أو نَقَصَ ، أو حَدَثَ به عَيْبٌ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو مِن ضَمانِه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وغَلَّتُه له ، فكان مِن ضَمَانِه ، كما بعدَ انْقِضَاءِ الخِيَارِ ، ومُؤْنَتُه عليه . وإنْ كان عَبْدًا ، فهَلَّ هِلالُ شَوَّالٍ ، فَفِطْرَتُه عليه ؛ لذلك . وإنِ اشْتَرَى حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، [٣/٢٦٣ظ] ثم رَدَّها على البائعِ ، لَزِمَهُ رَدُّ وَلَدِها ؛ لأنَّه مَبِيعٌ حَدَثَتْ فيه زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ[3] ، فلَزِمَ رَدُّه بزِيادَتِه ، كما لو اشْتَرَى عَبْدَيْنِ ، فَسَمِنَ أحَدُهما عِنْدَه . وقال الشّافِعِىُّ فى أحدِ قَوْلَيْه : لا يَرُدُّ الوَلَدَ ؛ لأنَّ الحَمْلَ

الإنصاف

بلُزومِ البَيْعِ ، بخِلافِ الفَسْخِ بالعَيْبِ ونحوِه . فعلى هذا ، يرْجِعُ بالنَّماءِ المُنْفَصِلِ فى الخِيارِ ، بخِلافِ العَيْبِ . انتهى . ويأْتِى فى خِيارِ العَيْبِ ، هلِ الحَمْلُ والطَّلْعُ ، والحَبُّ يَصِيرُ زَرْعًا ، زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، أو مُنْفَصِلَةٌ ؟

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/٢٨٤ .

(٢) فى المغنى ٦/٢٣ : « ولم » .

(٣) فى الأصل ، ق ، م : « منفصلة » .

المقنع وَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِى الْمَبِيعِ فِى مُدَّةِ الْخِيَارِ ، إِلَّا بِمَا يَحْصُلُ بِهِ تَجْرِبَةُ الْمَبِيعِ .وَإِنْ تَصَرَّفَا بِبَيْعٍ ، أَوْ هِبَةٍ، وَنَحْوِهِمَا،

الشرح الكبير لا حُكْمَ له ؛ لأَنَّه جُزْءٌ مُتَّصِلٌ بالأُمِّ ، فلم يأْخُذْ قِسْطًا مِن الثَّمَنِ ، كأَطْرَافِها . ولَنا ، أنَّ كُلَّ ما يُقَسَّطُ عليه الثَّمَنُ إذا كان مُنْفَصِلًا ، يُقَسَّطُ عليه إذا كان مُتَّصِلًا ، كاللَّبَنِ . وما قالُوه يَبْطُلُ بالجُزْءِ المُشاعِ ، كالثُّلُثِ ، والرُّبْعِ ، والحُكْمُ فى الأَصْلِ مَمْنُوعٌ ، ثم يُفارِقُ الحَمْلُ الأَطْرَافَ ؛ لأَنَّه يَئُولُ إلى الانْفِصالِ ، ويُنْتَفَعُ به مُنْفَصِلًا ، ويَصِحُّ إفْرَادُه بالوَصِيَّةِ به ، وله ، ويَرِثُ إنْ كان مِن أَهْلِ المِيراثِ ، ويُفْرَدُ بالدِّيَةِ ، ويَرِثُها وَرَثَتُه . وقَوْلُهم : لا حُكْمَ للحَمْلِ . لا يَصِحُّ لهذه الأَحْكَامِ وغيرِها مِمّا قد ذَكَرْنَاهُ .

١٦١٣ – مسألة : (وليس لواحِدٍ منهما التَّصَرُّفُ فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، إلَّا بما يَحْصُلُ به تَجْرِبَةُ المَبِيعِ) إنَّما لم يَجُزْ لواحِدٍ منهما التَّصَرُّفُ فى المَبيعِ فى مُدَّةِ الخيارِ ؛ لأَنَّه ليس بمِلْكٍ للبائِعِ ، فيَتَصَرَّفَ فيه ، ولا انْقَطَعَتْ عنه غَلَّتُه ، فيَتَصَرَّفَ فيه المُشْتَرِى . فأمّا تَصَرُّفُه بما يَحْصُلُ به تَجْرِبَةُ المَبِيعِ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ لِيَنْظُرَ سَيْرَها ، والطَّحْنِ على الرَّحَى ؛ لِيَعْلَمَ قَدْرَ طَحْنِها ، وحَلْبِ الشّاةِ ؛ لِيَعْلَمَ قَدْرَ لَبَنِها ، ونحوِ ذلك ، فيَجُوزُ ؛ لأَنَّ ذلك هو المَقْصُودُ بالخِيَارِ ، وهو اخْتِبارُ المَبِيعِ .

١٦١٤ – مسألة : (فإنْ تَصَرَّفَا فيه بِبَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو نَحْوِهما ،

الإنصاف قوله : وليس لواحِدٍ منهما التَّصَرُّفُ فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ إلَّا بما يَحْصُلُ به تَجْرِبَةُ المَبِيعِ ، وإنْ تصَرَّفا ببَيْعٍ أو هِبَةٍ ونحوِها ، لم ينْفُذْ تصَرُّفُهما . اعلمْ أنَّ

المقنع

لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُهُمَا .

الشرح الكبير

لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُهما) إذا تَصَرَّفَ أحَدُ المُتَبَايِعَيْنِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ فى المَبِيعِ تَصَرُّفًا يَنْقُلُ المِلْكَ ؛ كالبَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، أو يَشْغَلُه[1] ؛ كالإِجَارَةِ ، والتَّزْوِيجِ ، والرَّهْنِ ، والكِتَابَةِ ، ونحوِها ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه ، إلَّا العِتْقَ ، على ما نَذْكُرُه ، سَواءٌ وُجِدَ تَصَرُّفٌ مِن البائِعِ أو المُشْتَرِى ؛ لأَنَّ البائِعَ تَصَرَّفَ فى غيرِ مِلْكِه ، والمُشْتَرِىَ يُسْقِطُ حَقَّ البائِعِ مِن الخِيَارِ واسْتِرْجَاعِ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه فيه ، كالتَّصَرُّفِ فى الرَّهْنِ ، إلَّا أَنْ يكونَ الخِيَارُ للمُشْتَرِى وَحْدَه ، فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُه ، ويَبْطُلُ خِيَارُه ؛ لأَنَّه لا حَقَّ لغَيْرِه فيه ، وثُبُوتُ الخِيَارِ له لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَه فيه ، كالمَعِيبِ . قال أحمدُ : إذا اشْتَرَطَ الخِيَارَ ، فباعَهُ قبلَ ذلك بِرِبْحٍ ، فالرِّبْحُ للمُبْتَاعِ ؛ لأنه قد وَجَبَ عليه حينَ عَرَضَه . يعنى بَطَلَ خِيارُه ، ولَزِمَه . وهذا فيما إذا اشْتَرَطَ الخِيَارَ له وَحْدَه ، وكذلك إذا قُلنا : إنَّ البَيْعَ لا يَنْقُلُ المِلْكَ . وكان الخِيَارُ لهما ، أو للبائِعِ وحْدَه ، فتَصَرَّفَ فيه البائِعُ ، نَفَذَ تَصَرُّفُه ، وصَحَّ ؛ لأَنَّه مِلْكُه ، وله إبْطَالُ خِيارِ غَيْرِه . وقال ابنُ أبى

الإنصاف

تَصَرُّفَ المُشْتَرِى والبائِعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ مُحَرَّمٌ عليهما ، سواءٌ كان الخِيارُ لهما ، أو لأَحَدِهما ، أو لغيرِهما . قالَه كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ، وقطَع به جماعةٌ . قال فى « الفُروعِ » : وفى طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ ، للمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ ، ويكونُ رِضًى منه بلُزومِه . وقال فى « القَواعِدِ » : والمَنْصُوصُ عن أحمدَ فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، أنَّ للمُشْتَرِى التَّصَرُّفَ فيه بالاسْتِقْلالِ ، على القَوْلِ بأنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إليه . وهو

(١) فى م : « يستغله » .

الشرح الكبير

مُوسَى : فى تَصرُّفِ المُشْتَرِى فى المَبِيعِ قبلَ التَّفرُّقِ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ روايتان ؛ إحْدَاهُما ، لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ فى صِحَّتِه إسْقاطَ حَقِّ البائِعِ مِن الخِيَارِ . والثانيةُ ، هو مَوْقُوفٌ ؛ فإنْ تفرَّقَا قبلَ الفَسْخِ ، صَحَّ ، وإنِ اخْتارَ البائِعُ الفَسْخَ ، بَطَلَ بَيْعُ المُشْتَرِى . قال أحمدُ فى رِوَايَةِ أبى طالِبٍ : إذا اشْتَرَى ثَوْبًا بِشَرْطٍ ، فَبَاعَه بِرِبْحٍ قبلَ انْقِضَاءِ الشَّرْطِ ، يَرُدُّه إلى صاحِبِه إنْ طَلَبَه ،

الإنصاف

المذهبُ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، يجُوزُ التَّصرُّفُ للبائِعِ وحدَه ؛ لأَنَّه مالِكٌ ، ويملِكُ الفَسْخَ . انتهى . فعلى الأَوَّلِ ، إنْ تصرَّفَ المُشْتَرِى ؛ فتارَةً يكونُ الخِيارُ له وحدَه ، وتارَةً يكونُ غيرَ ذلك ؛ فإنْ كان الخيارُ له وحدَه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نُفوذُ تَصرُّفِه . قال فى « الفُروعِ » : نفَذ على الأصحِّ . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . و قدَّمه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقال : ذكَرَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وغيرُهما . قال الزَّرْكَشِيُّ : وقالَه أبو الخَطَّاب فى « الانْتِصارِ » . وعنه، لا ينْفُذُ تصرُّفُه . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبى مُوسى، واحْتِمالٌ فى « التَّلْخيصِ » . وإنْ لم يكُنِ الخِيارُ له وحدَه وتصرَّفَ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَنْفُذُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وصحَّحاه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وعنه ، يَنْفُذُ تصَرُّفُه . وعنه ، تصَرُّفُه مَوْقُوفٌ . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى فمَن بعدَه . وجزَم به فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والخَمْسِين » ، فقال : تَصرُّفُ المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيارِ له وللبائِعِ ، المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، أنَّه مَوْقُوفٌ على إمْضاءِ البَيْعِ . وكذلك ذكَرَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، وهو ظاهِرُ كلامِ القاضى فى « خِلافِه » . انتهى . وقال بعضُ الأصحابِ فى طَرِيقَتِه : وإذا قُلْنا بالمِلْكِ ، قُلْنا بانْتِقالِ الثَّمَنِ إلى البائِعِ . قال فى « الفُروعِ » : وقالَه غيرُه .

الشرح الكبير

فإن [٢٦٤/٣و] لم يَقْدِرْ على رَدِّه ، فللبَائِعِ قِيمَةُ الثَّوْبِ ؛ لأنَّه اسْتَهْلَكَ ثَوْبَه ، أو يُصَالِحُه . فقَوْلُه : يَرُدُّه إنْ طَلَبَه . يَدُلُّ على أنَّ وجُوبَ رَدِّهِ مَشْرُوطٌ بطَلَبِه . وقد رَوَى البُخَارِيُّ[1] ، عن ابنِ عمرَ ، أنه كان مع رسُولِ اللهِ ﷺ فى سَفَرٍ ، فكان على بَكْرٍ[2] صَعْبٍ لعمرَ ، فكان يَتَقَدَّمُ النَّبِيَّ ﷺ ، فيقولُ له أبوه : لا يَتَقَدَّمُ النَّبِيَّ ﷺ أحَدٌ . فقال له النَّبِىُّ ﷺ : « بِعْنِيهِ » . فقال عمرُ : هو لَكَ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « هُوَ لَكَ يا عَبْدَ اللهِ ابنَ عُمَرَ، فَاصْنَعْ به مَاشِئْتَ » . وهذا يَدُلُّ على التَّصَرُّفِ قبلَ التَّفَرُّقِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ، وحَدِيثُ ابنِ عمرَ ليس فيه تَصْرِيحٌ بالبَيْعِ ، فإنَّ قولَ عمرَ : هو لَكَ . يَحْتَمِلُ[3] أنَّه أرادَ هِبَتَه ، وهو الظَاهِرُ ، فإنَّه لم يَذْكُرْ ثَمَنًا ، والهِبَةُ لا يَثْبُتُ فيها الخِيَارُ . وقال الشَّافِعِىُّ : تَصَرُّفُ البائِعِ فى المَبِيعِ بالبَيْعِ والهِبَةِ ونحوِهما صَحِيحٌ ؛ لأنَّه إمَّا أنْ يكونَ على مِلْكِه ،

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ هذا الخِلافِ ، إذا كان تصَرُّفُه مع غيرِ البائِعِ ، فأمَّا إنْ تَصَرَّفَ مع البائِعِ ، فالصَّحيحُ أنَّه يَنْفُذُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يَنْفُذُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، وقال : بِناءً على دَلالَةِ التَّصَرُّفِ على

---

(١) فى : باب إذا اشترى شيئا فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف يقبض العبد المتاع ، و باب من أهدى له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق ... ، وباب إذا وهب بعيرا لرجل وهو راكب فجائز ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/٨٥ ، ٢٠٩ ، ٢١٢ ، ٢١٣ .

(٢) البكر : الفتىُّ من الإبل .

(٣) فى م : « يحمل على » .

الشرح الكبير

فيَمْلِكُ العَقْدَ عليه ، وإمّا أنْ يكونَ للمُشْتَرِى ، والبائعُ يَمْلِكُ فَسْخَه . فجَعَلَ البَيْعَ والهِبَةَ فَسْخًا . وأَمّا تَصَرُّفُ المُشْتَرِى ، فلا يَصِحُّ إذا قُلْنا : المِلْكُ لغَيْرِه . وإن قُلْنا : المِلْكُ له . ففى صِحَّةِ تَصَرُّفِه وَجْهانِ . ولَنا ، على إبْطَالِ تَصَرُّفِ البائعِ ، أنَّه تَصَرُّفٌ فى مِلْكِ غَيْرِه بغَيْرِ وِلايَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، ولا نِيابَةٍ عُرْفِيَّةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما بعدَ الخِيَارِ ، وقَوْلُهم : يَمْلِكُ الفَسْخَ . قُلْنا : إلَّا أنَّ ابْتِداءَ التَّصَرُّفِ لم يُصَادِفْ مِلْكَه ، فلم يَصِحَّ ، كتَصَرُّفِ الأَبِ فيما وَهَبَه لوَلَدِه قبلَ اسْتِرْجاعِه ، وتَصَرُّفِ الشَّفِيعِ فى الشِّقْصِ المَشْفُوعِ قبلَ أَخْذِه .

الإنصاف

الرِّضَى . وللقاضى فى « المُجَرَّدِ » احْتِمالان . وإنْ تصَرَّفَ البائعُ لم يَنْفُذْ تصَرُّفُه ، سواءٌ كانَ الخِيارُ له وحدَه أَوْ لا . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به المُصَنِّفُ هنا ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : أَطْلَقَه جماعةٌ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » : وأمَّا نفُوذُ التَّصَرُّفِ ، فهو مَمْنوعٌ على الأقوالِ كلِّها . صرَّح به الأكْثَرُون مِنَ الأصحابِ ؛ لأنَّه لم يتَقدَّمْه مِلْكٌ . انتهى . وقيل : يَنْفُذُ ، إنْ قيلَ : المِلْكُ له والخِيارُ له . قال النَّاظِمُ :

ومَن أفْرَدُوه بالخِيارِ يَكُنْ له ... التَّصَرُّفُ يمْضِى منه دُونَ تصَدُّدِ

وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : يَنْفُذُ تصَرُّفُ البائعِ ، إنْ قُلْنا : إنَّ البَيْعَ لا يَنْقُلُ المِلْكَ ، وكان الخِيارُ لهما أو للبائعِ . وقطَع به فى « القَواعِدِ الفِقْهيَّةِ » . وذكَر الحَلْوانِىُّ فى « التَّبصِرَةِ » ، أنَّ تصَرُّفَه يَنْفُذُ .

الشرح الكبير

فصل : فإنْ تَصَرَّفَ المُشْتَرِى بإذْنِ البائعِ ، أو البائعُ بوَكالَةِ المُشْتَرِى ، صَحَّ التَّصَرُّفُ ، وانْقَطَعَ خِيارُهما ؛ لأنَّه يَدُلُّ على تَراضِيهما بإمْضاءِ البَيْعِ ، فيَنْقَطِعُ به خِيارُهما ، كما لو تَخايَرَا . وإنَّما صَحَّ تَصَرُّفُهما ؛ لأنَّ قَطْعَ الخِيارِ حَصَل بالإِذْنِ فى البَيْعِ ، فيَقَعُ البَيْعُ بعْدَ انْقِطاعِ الخِيارِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ تَصَرُّفُ البائعِ بإذْنِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ البائعَ لا يَحْتاجُ إلى إذْنِ المُشْتَرِى فى اسْتِرْجاعِ المَبِيعِ ، فيَصِيرُ كتَصَرُّفِه بغيرِ إذْنِ المُشْتَرِى . وقد ذَكَرْنا أنَّه لا يَصِحُّ ، كذا هٰهنا . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : إنَّ تَصَرُّفَ البائعِ لا يَنْفُذُ ، ولكنْ يَنْفَسِخُ به البَيْعُ . فإنَّه مَتَى أعادَ ذلك التَّصَرُّفَ ، أو تَصَرَّفَ تَصَرُّفًا سِواهُ ، صَحَّ ؛ لأنَّ المِلْكَ عادَ إليه بفَسْخِ البَيْعِ ، فَصَحَّ تَصَرُّفُه فيه ، كما لو فَسَخَ البَيْعَ بصَرِيحِ قَوْلِه ، ثم تَصَرَّفَ فيه ، إلَّا إذا قُلْنَا : إنَّ تَصَرُّفَهُ لا يَنْفَسِخُ به البَيْعُ . وكذلك إنْ تَقَدَّمَ تَصَرُّفُه

الإنصاف

تنبيه : ومحَلُّ الخِلافِ فى تصَرُّفِهما ، إذا لم يَحْصُلْ لأحَدِهما إذنٌ مِنَ الآخَرِ ، فلو تصَرَّف المالِكُ منهما بإذْنِ الآخَرِ ، أو تصَرَّفَ وَكِيلُهما ، صحَّ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : نفَذ فى الأصحِّ فيهما . وجزَم به فى « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا يَنْفُذُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

فائدة : لو أَذِنَ البائعُ للمُشْتَرِى فى التَّصَرُّفِ ، فتَصرَّفَ بعدَ الإِذْنِ ، وقبلَ العِلْمِ ، فهل يَنْفُذُ [٧٦/٢و] تصَرُّفُه ؟ يُخَرَّجُ على الوُجوهِ[1] التى فى الوَكيلِ ، على ما يأْتِى ، وأَوْلَى . وجزَم القاضى فى « خِلافِه » بعدَمِ النُّفوذِ .

---

(١) فى الأصل ، ط : « الوجهين » .

المقنع وَيَكُونُ تَصَرُّفُ الْبَائِعِ فَسْخًا لِلْبَيْعِ ، وَتَصَرُّفُ الْمُشْتَرِى إِسْقَاطًا لِخِيَارِهِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير بما يَنْفَسِخُ به البَيْعُ ، صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لِما ذَكَرْنا .

١٦١٥ – مسألة : (ويَكُونُ تَصَرُّفُ البائعِ فَسْخًا للبَيْعِ ، وتَصَرُّفُ المُشْتَرِى إسْقَاطًا لخِيَارِه ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخرِ ،

الإنصاف [(١)]**تنبيه** : ظاهِرُ قولِه : ولَيس لواحِدٍ منهما التَّصَرُّفُ فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ . أنَّ للبائعِ التَّصَرُّفَ فى الثَّمَنِ المُعَيَّنِ ، أو غيرِه إذا قبَضه . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، « والفُروعِ » وغيرِه ؛ لعدَمِ ذِكْرِهم للمَسْألَةِ . والذى قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « العِنايَةِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وجَمْعٌ كَثيرٌ ، أنَّه يَحْرُمُ التَّصَرُّفُ فى الثَّمَنِ كالمُثَمَّنِ ، سواءٌ قُلْنا فى المَبِيعِ ما قُلْنا فى الثَّمَنِ أَوْ لا ، ولم يحْكُوا فى ذلك خِلافًا ، لكِنْ ذكَر فى « الفُروعِ » ، فى بابِ التَّصَرُّفِ فى المَبِيعِ ، بعدَ أنْ ذكَر ما يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فيه ، وما لا يَمْنَعُ ، فقال : والثَّمَنُ الذى ليس فى الذِّمَّةِ كالمُثَمَّنِ ، وإلَّا فله أخْذُ بدَلِه ؛ لاسْتِقْرارِه . انتهى . فقد تُؤْخَذُ هذه المَسْألَةُ مِن عُمومِ كلامِه هناك . ويأْتِى أيضًا فيما إذا قال : لا أُسَلِّمُ المَبِيعَ حتى أَقْبِضَ ثَمَنَه . فى فائدة : هل له المُطالَبَةُ بالنَّقْدِ إذا كان الخِيارُ لهما ، أو لأحَدِهما . فهى غيرُ هذه المَسْألَةِ التى هنا . واللهُ أعلمُ[(١)] .

قوله : ويكونُ تصَرُّفُ البائعِ فَسْخًا للبَيْعِ ، وتَصَرُّفُ المُشْتَرِى إسْقَاطًا لخِيارِه ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهما رِوايَتان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١ – ١) زيادة من : ش .

المقنع

وَفِى الْآخَرِ ، الْبَيْعُ وَالْخِيَارُ بِحَالِهِمَا . وَإِنِ اسْتَخْدَمَ الْمَبِيعَ ، لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَبَّلَتْهُ الْجَارِيَةُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ إِنْ لَمْ يَمْنَعْهَا .

الشرح الكبير

البَيْعُ والخِيَارُ بحالِهما . وإنِ اسْتَخْدَمَ المَبِيعَ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . وكذلك إنْ قَبَّلَته الجارِيَةُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ إذا لم يَمْنَعْها) إذا تَصَرَّفَ البائِعُ فى المَبيعِ بما يَفْتَقِرُ إلى المِلْكِ ، كان فَسْخًا للبَيْعِ . وهذا مَذْهَبُ [٣/٢٦٤ظ] أبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ تَصَرُّفَه يَدُلُّ على رَغْبَتِه فى المَبِيعِ ، فكان فَسْخًا للبَيْعِ ، كصَرِيحِ القَوْلِ ؛ لأَنَّ الصَّرِيحَ إنَّما كانَ فَسْخًا للبَيْعِ ؛ لدَلَالَتِه على الرِّضَا به ، فما دَلَّ على الرِّضَا به يقومُ مَقامَه ، ككِنَايَاتِ الطَّلَاقِ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخرَى : لا يَنْفَسِخُ البَيْعُ بذلك ؛ لأَنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عنه ، فلم يَكُنْ تَصَرُّفُه فيه اسْتِرْجَاعًا له ، كَمَن وَجَدَ مَتاعَه

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، ووَجْهان عندَ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، فى غيرِ الوَطْءِ ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، وغيرِهم . واعْلَمْ أنَّه إذا تصَرَّفَ البائعُ فيه ، لم يَكُنْ فَسْخًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : ليس تصَرُّفُ البائعِ فَسْخًا ، على الأصحِّ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : وهى أصحُّ . وجزَم به أبو بَكْرٍ ، والقاضى فى « خِلافِه » ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » فيه . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، يكونُ فَسْخًا . جزَم به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ،

الشرح الكبير

عندَ مُفْلِسٍ فتصَرَّفَ فيه . وإنْ تَصَرَّفَ المُشْتَرِى فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ بما ذَكَرْنا ونحوِه ، ممّا يَخْتَصُّ المِلْكَ ؛ كإعْتاقِ العَبْدِ ، وكِتابَتِه ، ووَطْءِ الجارِيَةِ ، ومُباشَرَتِها ، ولَمْسِها بشَهْوَةٍ ، ووَقْفِ المَبِيعِ ، ورُكُوبِ الدّابَّةِ لحاجَتِه ، أو سُكْنَى الدّارِ ، ورَمِّها ، وحَصادِ الزَّرْعِ ، فما وُجِدَ مِن هذا فهو رِضًا بالمَبِيعِ ، ويَبْطُلُ به خِيارُه ؛ لأَنَّ الخِيارَ يَبْطُلُ بالتَّصْرِيحِ بالرِّضَا ، وبِدَلالَتِه ، ولذلك يَبْطُلُ خِيارُ المُعْتَقَةِ بتَمْكِينِها مِن نَفْسِها ، وقال لها رَسُولُ اللهِ ﷺ : « إنْ وَطِئَكِ فَلا خِيارَ لَكِ »[1] . وهذا مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ . فأَمّا ما يَسْتَعلِمُ به المَبِيعَ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِيَخْتَبِرَ فَراهَتَها[2] ، والطَّحْنِ على الرَّحَى لِيَعْلَمَ قَدْرَه ، ونحوِ ذلك ، فلا يَدُلُّ على الرِّضَا ، ولا يَبْطُلُ به الخِيارُ ؛ لأنه المَقْصُودُ بالخِيارِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ تَصَرُّفَ المُشْتَرِى لا يُبْطِلُ خِيارَه ، ولا يَبْطُلُ إلَّا بالتَّصْرِيحِ ، كما لو رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَخْتَبِرَها . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لأَنَّ هذا يَتَضَمَّنُ إجازَةَ البَيْعِ ،

الإنصاف

والحَلْوَانِىُّ فى « الكِفايَةِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . ورَجَّحَه ابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : تصَرُّفه بالوطْءِ فَسْخٌ . جزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الكافِى » . قال فى « القَواعِدِ » : وممَّن صرَّح بأنَّ الوَطْءَ اخْتِيارٌ ، القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وحكاه فى « الخِلافِ » عن أبى بَكْرٍ . قال : ولم أجِدْه فيه . وأمَّا تصَرُّفُ المُشْتَرِى ، و وَطْؤُه ، وتَقْبِيلُه ، ولَمْسُه بشَهْوَةٍ ، وسَوْمُه ، ونحوُ ذلك ،

---

(١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٦٥ ، ٥/ ٣٧٨ .

(٢) الفراهة : المهارة والسرعة .

الشرح الكبير

ويَدُلُّ على الرِّضَا به ، فَيَبْطُلُ به الخِيَارُ ، كصَرِيحِ القَوْلِ . ولأَنَّ صَرِيحَ القَوْلِ إنَّما يَبْطُلُ به الخِيَارُ ؛ لدَلَالَتِه على الرِّضَا ، فما دَلَّ على الرِّضَا بالمَبِيعِ يَقُومُ مَقامَ القَوْلِ ، ككِنَاياتِ الطَّلَاقِ . وإنْ عَرَضَه على البَيْعِ ، أو باعَهُ بَيْعًا فاسِدًا ، أو عَرَضَه على الرَّهْنِ ، أو وَهَبَه فلم يَقْبَلِ المَوْهُوبُ له ، بَطَلَ خِيَارُه ، على الوَجْهِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ ذلك يَدُلُّ على الرِّضَا به . قال أحمدُ : إذا اشْتَرَطَ الخِيارَ ، فباعَهُ قبلَ ذلك برِبْحٍ ، فالرِّبْحُ للمُبْتَاعِ ؛ لأنَّه وَجَبَ عليه حينَ عَرَضَه .

فصل : وإنِ اسْتَخْدَمَ المُشْتَرِى المَبِيعَ ، ففيه رِوَايَتَانِ ؛ إحداهُما ، لا يَبْطُلُ خِيَارُه . قال أبو الصَّقْرِ[1] : قلتُ لأحمدَ : رَجُلٌ اشْتَرَى جارِيَةً ،

الإنصاف

فهو إمْضاءٌ وإبْطالٌ لخِيارِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، لا يكونُ إمْضاءً ، ولا يَبْطُلُ خِيارُه بشئٍ من ذلك . وهو وَجْهٌ فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . قال فى « التَّلْخيصِ » : وعلى كِلا الوَجْهَيْن ، فى تصَرُّفِ البائعِ والمُشْتَرِى ، لا يصِحُّ تصَرُّفُهما ؛ لأنَّ فى طَرَفِ الفَسْخِ ، لابُدَّ مِن تَقدُّمِه على العَقْدِ ، وفى طَرَفِ الرِّضَى يَمْتَنِعُ ؛ لتعَلُّقِ حَقِّ الآخَرِ .

قوله : وإنِ اسْتَخْدَمَ المبيعَ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ، فى أَصَحِّ الرِّوايتَيْن . وفى نُسْخَةٍ : الوَجْهَيْن . وعليها « شَرْحُ ابنِ مُنَجَّى » . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « النَّظْمِ » ،

(١) يحيى بن يزداد الوراق ، وراق الإمام ، عنده جزء مسائل حسان . طبقات الحنابلة ١/٤٠٩ .

الشرح الكبير

وله الخِيارُ فيها يَوْمَيْن ، فانطَلَقَ بها ، فغَسَلَتْ رَأْسَه ، أو غَمَزَتْ رِجْلَه ، أو طَبَخَتْ له أو خَبَزَتْ ، هل يَسْتَوْجِبُها بذلك ؟ قال : لا ، حتى يَبْلُغَ منها ما لا يَحِلُّ لغَيْرِه . قلتُ : فإن مَشَطَها ، أو خَضَبَها ، أو حَفَّها ، هل اسْتَوْجَبَها بذلك ؟ قال : قد بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه وَضَعَ يَدَه عليها . وذلك لأنَّ الاسْتِخْدامَ لا يَخْتَصُّ المِلْكَ ، ويُرادُ لتَجْرِبَةِ المَبِيعِ ، فأشْبَه رُكُوبَ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَها . ونَقَلَ حَرْبٌ ، عن أحمدَ ، أنَّه يَبْطُلُ خِيارُه ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ بالمَبِيعِ ، أشْبَهَ لَمْسَها لشَهْوَةٍ . ويُمكِنُ أنْ يقالَ : ما قُصِدَ به مِن الاسْتِخْدامِ تَجْرِبَةُ المَبِيعِ ، لا يُبْطِلُ الخِيارَ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ لِيَعْلَمَ سَيْرَها ، وما لا يُقْصَدُ به ذلك ، يُبْطِلُ الخِيارَ ، كرُكُوبِ [٣/٢٦٥و] الدَّابَّةِ لحاجَتِه . وإنْ قَبَّلَتِ الجارِيَةُ المُشْتَرِيَ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه . وهذا مَذْهَبُ

الإنصاف

وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقدَّمه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، يَبْطُلُ خِيارُه . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : بطَل خِيارُه على الأصحِّ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « المُنْتَخَبِ » . قال فى « الوَجيزِ » : وإنِ اسْتَخْدَمَ المَبيعَ للاسْتِعْلامِ ، لم يبْطُلْ خِيارُه . فدَلَّ كلامُه أنَّه لو اسْتَخْدَمَه لغيرِ الاسْتِعْلامِ ، يَبْطُلُ ، وعِبارَةُ جماعةٍ مِنَ الأصحابِ كذلك . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » . ذكَر جماعةٌ قوْلًا ، إنِ اسْتَخْدَمَه للتَّجْرِبَةِ ، بطَل ، وإلَّا فلا ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و غيرُهم . وذكَرُوه قوْلًا ثالِثًا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . فظاهرُ كلامِهم ، أنَّ الخِلافَ يشْمَلُ

الشرح الكبير

الشَّافِعِيِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ ، إذا لم يَمْنَعْها ؛ لأَنَّ إقْرارَه لها على ذلك يَجْرِى مَجرَى اسْتِمْتَاعِهِ بها . وقال أبو حَنِيفَةَ : إن قَبَّلَتْه لشَهْوَةٍ بَطَلَ خِيارُه ؛ لأَنَّه اسْتِمْتاعٌ يَخْتَصُّ المِلْكَ ، فأَبْطَلَ خِيارَه ، كما لو قَبَّلَها . ولَنا ، أنَّها قُبْلَةٌ لأَحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ ، فلم يَبْطُلْ خِيارُه ، كما لو

الإنصاف

الاسْتِخْدامَ للتَّجْرِبَةِ . وهو بعيدٌ . قال فى « الحاوِيَيْن » : وما كان على وَجْهِ التَّجْرِبَةِ للمَبِيعِ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ لِيَنْظُرَ سيْرَها ، أو الطَّحْنِ عليها ؛ لِيَعْلَمَ قَدْرَ طَحْنِها ، أو اسْتِخْدامِ الجارِيَةِ فى الغَسْلِ ، والطَّبْخِ ، والخَبْزِ ، لا يُبْطِلُ الخِيارَ ، رِوايَةً واحدةً . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وله تجْرِبَتُه واخْتِبارُه برُكوبٍ ، وطَحْنٍ ، وحَلْبٍ ، وغيرِها . وتقدَّم كلامُه فى « الوَجيزِ » . قال فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » : وتصَرُّفُه بكلِّ حالٍ رِضًى إلَّا لتَجْرِبَةٍ . قال الشَّارِحُ : فأمَّا ما يُسْتَعْلَمُ به المَبِيعُ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ لِيَخْتَبِرَ فَراهَتَها ، والطَّحْنِ على الرَّحَى ؛ ليعْلَمَ قدْرَه ، ونحوِ ذلك ، فلا يدُلُّ على الرِّضَى ، ولا يبْطُلُ به الخِيارُ . انتهى . قلتُ : الصَّوابُ أنَّ الاسْتِخْدامَ للاخْتِبارِ يسْتَوِى فيه الآدَمِىُّ وغيرُه ، ولا تَشْمَلُه الرِّوايَةُ المُطْلَقَةُ . وقطَع بما قُلْنا فى « الكافِى » وغيرِه . ومَنْشأُ هذا القَوْلِ ، أنَّ حَرْبًا نقَل عن أحمدَ ، أنَّ الجارِيَةَ إذا غسَلَتْ رأْسَه ، أو غَمَزَتْ رِجْلَه ، أو طَبَخَتْ له ، أو خَبَزَتْ ، يَبْطُلُ خِيارُه . فقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : يُمْكِنُ أنْ يُقالَ : ما قُصِدَ به مِنَ الاسْتِخْدامِ ، أنَّ تَجْرِبَةَ المَبِيعِ لا تُبْطِلُ الخِيارَ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ ليَعْلَمَ سيْرَها ، ومالا يُقْصَدُ به ذلك ، يُبْطِلُ الخِيارَ ، كرُكُوبِ الدَّابَّةِ لحاجَتِه . انتهى .

قوله : وكذلك إنْ قَبَّلَتْه الجَارِيَةُ ولم يَمْنَعْها ، لم يبْطُلْ خِيارُه . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ ، وسواءٌ كان لشَهْوَةٍ أو لغيرِها . وقال أبو الخَطَّابِ ومَن تَبِعَه : ويحْتَمِلُ أنْ يبْطُلَ إنْ لم يمْنَعْها . وقدَّم هذه الطَّرِيقَةَ فى « الفُروعِ » .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِى ، نَفَذَ عِتْقُهُ ، وَبَطَلَ خِيَارُهُمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ تَلِفَ الْمَبِيعُ . وَعَنْهُ ، لَا يَبْطُلُ خِيَارُ الْبَائِعِ ، وَلَهُ الْفَسْخُ وَالرُّجُوعُ بِالْقِيمَةِ .

الشرح الكبير

قَبَّلَتِ البائعَ . ولأنَّ الخِيَارَ له ، لا لها ، فلو ألزمْناه بفِعْلِها ، لألزَمْناه بغيرِ رِضاه ، ولا دَلالَةَ عليه ، بخِلافِ ما إذا قَبَّلَها ، فإنَّه يَدُلُّ على الرِّضَا بها . ومتى بَطَلَ خِيارُ المُشْتَرِى بتَصَرُّفِه ، فَخِيارُ البائعِ باقٍ بحالِه ؛ لأَنَّ خِيارَه لا يَبْطُلُ برِضَا غَيْرِه ، إلَّا أنْ يكونَ تَصَرَّفَ بإذْنِ البائعِ ، وقد ذَكَرْناهُ .

١٦١٦ - مسألة : (وإنْ أعْتَقَه المُشْتَرِى ، نَفَذَ عِتْقُه ، وبَطَلَ خِيارُهما . وكذلك إنْ تَلِفَ المَبِيعُ . وعنه ، لا يَبْطُلُ خِيارُ البائعِ ، وله الفَسْخُ والرُّجُوعُ بالقِيمَةِ) إذا تَصَرَّفَ أَحَدُ المُتَعاقِدَيْنِ بعِتْقِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، نَفَذَ عِتْقُ مَنْ حَكَمْنَا بالمِلْكِ له . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّ المِلْكَ للمُشْتَرِى ، فَيَنْفُذُ عِتْقُه ، سواءٌ كان الخِيارُ لهما ، أو لأَحَدِهما ؛ لأنَّه عِتْقٌ

الإنصاف

وجزَم بها فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »[٢/٧٦ظ] ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : محَلُّ الخِلافِ فيما إذا كان لشَهْوَةٍ ، أمَّا إذا كان لغيرِ شَهْوَةٍ ، لم يبْطُلْ ، قوْلًا واحدًا . وجزَم به فى « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهما . وقال : نصَّ عليه . وحمَل ابنُ مُنَجَّى كلامَ المُصَنِّفِ عليه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » .

قوله : وإنْ أعْتَقَه المُشْتَرِى ، نفَذ عِتْقُه ، وبطَل خِيارُهما ، وكذلك إذا تَلِفَ المَبِيعُ . إذا أعْتَقَ المُشتَرِى ، نفَذ عِتْقُه ، وهذا مَبْنِىٌّ على أنَّ المَبِيعَ ينْتَقِلُ إلى المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيارِ . وهو المذهبُ كما تقدَّم ، فيَصِحُّ عِتْقُه . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . ويَبْطُلُ خِيارُهما ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ . وقدَّمه فى

الشرح الكبير

مِن مالكٍ جائزِ التَّصرُّفِ ، فنَفَذَ ، كما بعدَ المُدَّةِ . وقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا عِتْقَ فيما لا يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ »[1] . يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّه يَنْفُذُ في المِلْكِ ، ومِلْكُ البائعِ الفَسْخَ لا يَمْنَعُ نُفُوذَ العِتْقِ مِن المُشْتَرِي ، كما لو باعَ عَبْدًا بجاريَةٍ مَعِيبَةٍ[2] ، فإنَّ عِتْقَ المُشْتَرِي يَنْفُذُ ، مع أنَّ للبائعِ الفَسْخَ . ولو وَهَبَ رَجُلٌ ابْنَه عَبْدًا ، فأعْتَقَه ، نَفَذَ عِتْقُه مع مِلْكِ الأبِ اسْتِرْجاعَه . ولا يَنْفُذُ عِتْقُ البائعِ في ظاهِرِ المَذْهَبِ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِيُّ : يَنْفُذُ عِتْقُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وإنْ كان المِلْكُ انْتَقَلَ ، فإنَّه يَسْتَرْجِعُه بالعِتْقِ . ولَنا ، أنَّه إعْتَاقٌ مِن غيرِ مالِكٍ ، فلم يَنْفُذْ ، كعِتْقِ الأبِ عَبْدَ ابْنِه الذي وَهَبَه إيَّاهُ ، وقد دَلَّلْنا على أنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ إلى المُشْتَرِي . وإنْ قُلْنا بالرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، وأنَّ المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إلى المُشْتَرِي نَفَذَ[3] عِتْقُ البائعِ دُونَ المُشْتَرِي . وإنْ أعْتَقَ البائعُ والمُشْتَرِي جَمِيعًا ، فإنْ تَقَدَّمَ عِتْقُ المُشْتَرِي ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْناه ، وإنْ تَقَدَّمَ عِتْقُ البائعِ ، فيَنْبَغِي أنْ لا يَنْفُذَ عِتْقُ واحِدٍ منهما ؛ لأنَّ البائعَ لم يَنْفُذْ عِتْقُه ، لكَوْنِه أعْتَقَ غيرَ مَمْلُوكِه ، ولكنْ حَصَلَ بإعْتَاقِه فَسْخُ البَيْعِ واسْتِرْجاعُ العَبْدِ ، فلم يَنْفُذْ

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ،

(1) أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥٠٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذي ٥/١٤٧ . وابن ماجه ، في : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/١٩٠ .

(2) في ر ١ ، ق : « معينة » .

(3) في ر ١ ، ق : « بعد » .

الشرح الكبير

عِتْقُ المُشْتَرِى . ومتى أعادَ البائِعُ الإعْتَاقَ مَرَّةً ثانِيَةً ، نَفَذَ إعْتَاقُه ؛ لأنَّه عادَ العَبْدُ إليه ، أشْبَهَ ما لو اسْتَرْجَعَه بصَرِيحِ قَوْلِه ، إلَّا على الرِّوَايَةِ التى تقولُ : إنَّ تَصرُّفَ البائِعِ لا يكُونُ فَسْخًا للبَيْعِ . فيَنْبَغِى أنْ يَنْفُذَ إعتاقُ المُشْتَرِى . ولو اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه ، جَرَى مَجْرَى إعْتَاقِه بصَرِيحِ قَوْلِه ، وقد ذَكَرْنا حُكْمَه . وإنْ باعَ [٢٦٥/٣ظ] عَبْدًا بجارِيَةٍ ، بشَرْطِ الخِيارِ ، فأعْتَقَهما[1] ، نَفَذَ عِتْقُ الأَمَةِ دونَ العَبْدِ . وإنْ أعْتَقَ أحَدَهما ، ثم أعْتَقَ الآخَرَ ، نَظَرْتَ ؛ فإنْ أعْتَقَ الأَمَةَ أَوَّلًا ، نَفَذَ عِتْقُها ، وبَطَلَ خِيارُه ، ولم يَنْفُذْ عِتْقُ العَبْدِ . وإنْ أعْتَقَ العَبْدَ أوَّلًا انْفَسَخَ البَيْعُ ، ورَجَعَ إليه العَبْدُ ، ولم يَنْفُذْ إعْتَاقُه . ولا يَنْفُذُ عِتْقُ الأَمَةِ ؛ لأنَّها خَرَجَتْ بالفَسْخِ عن مِلْكِه ، وعادَتْ إلى سَيِّدِها الذى باعَها .

فصل : وإذا قال لعَبْدِه : إذا بِعْتُكَ فأنت حُرٌّ . ثم باعَه ، صارَ حُرًّا . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الحَسَنُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وسَواءٌ شَرَطَا الخِيارَ ، أو لم يَشْرُطَاهُ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والثَّوْرِىُّ : لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّه إذا تَمَّ بَيْعُه ، زالَ مِلْكُه عنه ، فلم يَنْفُذْ إعْتَاقُه له . ولَنا ، أنَّ زَمَنَ انتِقَالِ المِلْكِ زَمَنُ الحُرِّيَّةِ ؛ لأَنَّ البَيْعَ سَبَبٌ لنَقْلِ المِلْكِ ، وشَرْطٌ للحُرِّيَّةِ ، فيَجِبُ تَغْلِيبُ الحُرِّيَّةِ ، كما لو قال لعَبْدِه : إذا مِتُّ فأَنْتَ حُرٌّ .

الإنصاف

و « الرِّعايَةِ » . وعنه ، لا يَبْطُلُ خِيارُ البائِعِ ، وله الفَسْخُ والرُّجُوعُ بالقِيمَةِ يومَ العِتْقِ . وقدَّمه فى « الكافِى » . وأطْلَقَهما فى « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى » .

---

(١) فى م : « فأعتقها » .

الشرح الكبير

ولأنه علَّقَ حُرِّيَّتَه على فِعْلِه للبَيْعِ ، والصادِرُ منه فى البَيْعِ إنَّما هو الإيجابُ ، فمتى قال للمُشْتَرِى : بِعْتُكَ . فقد وُجِدَ شَرْطُ الحُرِّيَّةِ ، فيَعْتِقُ قبلَ قَبُولِ المُشْتَرِى . وعَلَّلَهُ القاضِى ، بأَنَّ الخِيارَ ثابتٌ فى كُلِّ بَيْعٍ ، فلا يَنْقَطِعُ تَصَرُّفُه فيه . فعلى هذا لو تَخايَرا ، ثم باعَهُ ، لم يَعْتِقْ . ولا يَصِحُّ هذا التَّعْلِيلُ على مَذْهَبِنا ؛ لأَنَّنا قد ذَكَرْنا أنَّ البائِعَ لو أعْتَقَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَنْفُذْ إعْتاقُه .

فصل : وإذا أعْتَقَ المُشْتَرِى العَبْدَ ، بَطَلَ خِيارُهُ وخِيارُ البائِعِ . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ (1)وأبى بَكْرٍ(1) ، كما لو تَلِفَ المَبِيعُ ، على ما نَذْكُرُه . وفيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه لا يَبْطُلُ خِيارُ البائِعِ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّعانِ بالخِيارِ ما لم يَتَفَرَّقَا »(2) . فعلى هذه الرِّوَايَةِ له الفَسْخُ والرُّجُوعُ بالقِيمَةِ يومَ العِتْقِ .

فصل : وإنْ تَلِفَ المَبِيعُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فلا يَخْلُو ، إمّا أن يكُونَ

الإنصاف

فائدة : على القَوْلِ بأنَّ المِلْكَ لا ينْتَقِلُ عنِ البائعِ ، لو أعْتَقه ، نفَذ عِتْقُه كالمُشْتَرِى ، وأمَّا إذا تَلِفَ المَبِيعُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قبلَ قَبْضِه أو بعدَه ، فإنْ كان قبلَ قَبْضِه ، وكان مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، أو مَعْدُودًا ، أو مَذْرُوعًا ، انْفسَخَ البَيْعُ ، على ما يأْتِى آخِرَ البابِ ، وكان مِن ضَمانِ البائِع ، إلَّا أنْ يُتْلِفَه المُشْتَرِى ، فيكونَ مِن ضَمانِه ، ويبْطُلَ خِيارُه ، وفى خِيارِ البائِعِ الرِّوايَتان . وإنْ كان المَبِيعُ غيرَ ذلك ، ولم يمْنَعِ البائعُ المُشْتَرِىَ مِن قَبْضِه ، فالصَّحيحُ مِنَ

(1 - 1) سقط من : م .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة 7 .

الشرح الكبير

قبلَ القَبْضِ ، أو بعدَه ، فإن كان قبلَ القَبْضِ ، وكان مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، انْفَسَخَ البَيْعُ ، وكان مِن مالِ البائعِ ، ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ، إلَّا أن يُتْلِفَه المُشْتَرِى ، فيكونَ مِن ضَمَانِه ، ويَبْطُلَ خِيَارُه . وفى خِيارِ البائعِ رِوَايَتانِ . وإنْ كان المَبِيعُ غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ولم يَمْنَعِ البائعُ المُشْتَرِىَ مِن قَبْضِه ، فظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه مِن ضَمَانِ المُشْتَرِى ، ويكونُ كَتَلَفِه بعدَ القَبْضِ . وأمّا إن تَلِفَ المَبِيعُ بعد القَبْضِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ، ويَبْطُلُ خِيارُه . وفى خِيارِ البائعِ رِوَايَتانِ ؛

الإنصاف

المذهبِ ، أنَّه مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ، على ما يأْتِى . وإنْ كان تلَفُه بعدَ قَبْضِه فى مُدَّةِ الخِيارِ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى . وهى مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ، ويبْطُلُ خِيارُه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : يبْطُلُ خِيارُ المُشْتَرِى فى الأشْهَرِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وقيل : لا يبْطُلُ خِيارُه . وهذه طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وصاحِبِ « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وأمَّا خِيارُ البائعِ ، فيَبْطُلُ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه الخِرَقِيُّ ، وأبو بَكْرٍ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ » الآدَمِيِّ » . وعنه ، لا يبْطُلُ خِيارُ البائعِ ، وله الفَسْخُ والرُّجُوعُ بالقِيمَةِ ، أو مِثْلِه إنْ كان مِثْلِيًّا . اخْتارَها القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وحكَاه فى مَوْضِعٍ مِنَ « الفُصُولِ » عنِ الأصحابِ . وقدَّمها فى « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وهذا المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » .

الشرح الكبير

إحْدَاهُما ، يَبْطُلُ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ، وأبى بَكْرٍ ؛ لأنَّه خِيارُ فَسْخٍ ، فبَطَلَ بتَلَفِ المَبِيعِ ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ إذا تَلِفَ المَعِيبُ . والثانِيَةُ ، لا يَبْطُلُ ، وللبائِعِ الفَسْخُ ، ويُطَالِبُ المُشْتَرِىَ بقِيمَتِه ، أو مِثْلِه إن كان مِثْلِيًّا . اخْتارَها القَاضِى ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « البَيِّعَانِ بالخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا » . ولأنَّه خِيارُ فَسْخٍ ، فلم يَبْطُلْ بتَلَفِ المَبِيعِ ، كما لو اشْتَرَى ثَوْبًا بثَوْبٍ ، فتَلِفَ أحَدُهُما ، ووَجَدَ الآخَرُ بالثَّوْبِ [٢٦٦/٣و] عَيْبًا ، فإنَّه يَرُدُّه ، ويَرْجِعُ بقِيمَةِ ثَوْبِه ، كذا هٰهنا .

الإنصاف

تنبيه : قوله : والرُّجُوعُ بالقِيمَةِ . تكونُ القِيمَةُ وَقْتَ التَّلَفِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقيل : وَقْتَ القَبْضِ . وأصْلُ الوَجْهَيْن ، انْتِقالُ المِلْكِ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » .

فائدةٌ جليلَةٌ : لو انْفَسَخَ البَيْعُ بعدَ قَبْضِه بعَيْبٍ ، أو خِيارٍ ، أو انْتَهَت مُدَّةُ العَيْنِ المُسْتَأْجرَةِ ، أو أقْبَضَها الصَّداقَ فطَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، ففى ضَمانِه على مَن هو فى يَدِه أوْجُهٌ ؛ أحدُها ، حُكْمُ ضَمانِه بعدَ زَوالِ العَقْدِ حُكْمُ ضَمانِ المالِكِ الأوَّلِ قبلَ التَّسْليمِ ؛ إنْ كان مَضْمُونًا عليه ، كان مَضْمُونًا له ، وإلَّا فلا . وهى طَرِيقَةُ أبى الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفِ فى « الكافِى » فى آخَرِين . فعلى هذا ، إنْ كان عِوَضًا فى بَيْعٍ ، أو نِكاحٍ ، وكان مُتَمَيِّزًا ، لم يَضْمَنْ . على الصَّحيحِ . وإنْ كان غيرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ ، وإنْ كان فى إجارَةٍ ، ضَمِنَ بكُلِّ حالٍ . الثَّانى ، إنْ كان انْتِهاءُ العَقْدِ بسَبَبٍ يسْتَقِلُّ به مَن هو فى يَدِه ، كفَسْخِ المُشْتَرِى ، أو يُشارِكُ فيه الآخَرُ ، كالفَسْخِ منهما ، فهو ضامِنٌ له . وإنِ اسْتَقَلَّ به الآخَرُ ، كفَسْخِ البائِعِ ، وطَلاقِ الزَّوْجِ ، فلا ضَمانَ ؛ لأنَّه حصَلَ فى يَدِ هذا بغيرِ سبَبٍ ولا عُدْوانٍ . وهذا ظاهِرُ ماذكَرَه فى « المُغْنِى » فى مَسْأَلَةِ الصَّداقِ ، وعلى هذا يتَوَجَّهُ ضَمانُ العَيْنِ

المقنع

وَحُكْمُ الْوَقْفِ حُكْمُ الْبَيْعِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ [٩٧و] حُكْمُهُ حُكْمُ الْعِتْقِ .

الشرح الكبير

١٦١٧ - مسألة : (وحُكْمُ الوَقْفِ حُكْمُ البَيْعِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ) وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه كالعِتْقِ ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ ،

الإنصاف

المُسْتأْجَرَةِ بعدَ انْتِهاءِ المُدَّةِ . الثَّالِثُ ، حُكْمُ الضَّمانِ بعدَ الفَسْخِ حُكْمُ ما قبلَه ؛ فإنْ كان مَضْمُونًا ، فهو مَضْمُونٌ ، وإلَّا فلا ، فيَكونُ البَيْعُ بعدَ فَسْخِه مَضْمُونًا ؛ لأنَّه كان مَضْمُونًا على المُشْتَرِى بحُكْمِ العَقْدِ ، ولا يزُولُ الضَّمانُ بالفَسْخِ . صرَّح بذلك القاضى فى « خِلافِه » . ومُقْتَضَى هذا ضَمانُ الصَّداقِ (١على المَرْأَةِ١) وهو ظاهِرُ كلامِ المَجْدِ ، وأنَّه لا ضَمانَ فى الإجارَةِ ، على المُرادِ . وصرَّح به القاضى وغيرُه ، حتى قال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : لو عجَّل أُجْرَتَها ، ثم انْفَسخَتْ قبلَ انْتِهاءِ المُدَّةِ ، فله حَبْسُها حتى يسْتَوْفِىَ الأُجْرَةَ ، ولا يكونُ ضامِنًا . الرَّابعُ ، لا ضَمانَ فى الجَميعِ ، ويكونُ المَبيعُ بعدَ فَسْخِه أمانَةً مَحْضَةً . صرَّح به أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، واخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى الصَّداقِ بعدَ الطَّلاقِ . الخامِسُ ، الفَرْقُ بينَ أنْ ينْتَهِىَ العَقدُ ، أو يُطَلِّقَ الزَّوْجُ ، وبينَ أنْ يَنْفَسِخَ العَقْدُ ؛ ففى الأوَّلِ يكونُ أمانَةً مَحْضَةً ؛ لأنَّ حُكْمَ المِلْكِ ارْتفَعَ [٢/٧٧و] وعادَ مِلْكًا للأوَّلِ ، وفى الفَسْخِ يكونُ مَضْمُونًا . وممَّن صرَّح بذلك ؛ الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِهِ » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَقِيلٍ فى مَسائلِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، وصرَّح بأنَّه يضْمَنُ نَقْصَه فيما قبلَ الفَسْخِ وبعدَه بالقِيمَةِ لارْتِفاعِ العَقْدِ . ذكَرَ ذلك فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والأرْبَعِين » .

قوله : وحُكْمُ الوَقْفِ حُكْمُ البَيْعِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه

(١ - ١) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنْ وَطِئَ الْمُشْتَرِى الْجَارِيَةَ فَأَحْبَلَهَا ، صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ ثَابِتُ النَّسَبِ .

الشرح الكبير

فأشْبَهَ العِتقَ . والصَّحِيحُ أنَّ حُكْمَه حُكْمُ البَيْعِ فيما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ المَبِيعَ يَتَعَلَّقُ به حَقُّ البائِعِ ، تَعلُّقًا[1] يَمْنَعُ جوازَ التَّصرُّفِ ، فَمَنَعَ صِحَّةَ الوَقْفِ ، كالرَّهْنِ . ويُفارِقُ الوَقْفُ العِتْقَ ؛ لأنَّه مَبْنِيٌّ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةُ بخِلافِ الوَقْفِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الوَقْفَ يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ . واللهُ أعْلَمُ .

١٦١٨ – مسألة : (وإنْ وَطِئَ المُشْتَرِى الجَارِيَةَ فأحْبَلَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُه حُرٌّ ثابِتُ النَّسَبِ) لا يَجُوزُ للمُشْتَرِى وَطْءُ الجارِيَةِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، إذا كان الخِيَارُ لهما ، أو للبَائِعِ وحدَه ؛ لأنَّه يَتَعلَّقُ بها حَقُّ البائِعِ ، فلم يُبَحْ[2] وَطْؤُها ، كالمَرْهُونَةِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا .

الإنصاف

فى « التَّصْحيحِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وفى الآخَرِ ، حُكْمُ العِتقِ . صحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

قوله : وإنْ وَطِئَ المُشْتَرِى الجارِيَةَ فأحْبَلَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ، ووَلَدُه حُرٌّ ثابتُ النَّسَبِ . هذا مَبْنِيٌّ على أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إليه فى مُدَّةِ الخِيارِ . وهو المذهبُ . وأمَّا إذا قُلْنا : لا ينْتَقِلُ إليه . ففيه الخِلافُ الآتِى فى البائِعِ . قالَه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » .

---

(١) فى م : « فقلنا » .

(٢) فى م : « يصح » .

المقنع

وَإِنْ وَطِئَهَا الْبَائِعُ ، فَكَذَلِكَ ، إِنْ قُلْنَا : الْبَيْعُ يَنْفَسِخُ بِوَطْئِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْفَسِخُ . فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ ، وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، إِلَّا إِذَا قُلْنَا : الْمِلْكُ لَهُ . وَلَا حَدَّ فِيهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : عَلَيْهِ الْحَدُّ إِذَا

الشرح الكبير

فإن وَطِئَها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأَنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بشُبْهَةِ المِلْكِ ، فبحَقِيقَتِه أوْلَى . ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه . وإنْ عَلِقَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ يَلْحَقه نَسَبُه ؛ لأنَّه مِن أَمَتِه ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه ؛ لذلك ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له . فإنْ فَسَخَ البائعُ البَيْعَ ، رَجَعَ بقِيمَتِها ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الفَسْخُ فيها ، ولا يَرْجِعُ بقِيمَةِ وَلَدِها ؛ لأنَّه حَدَثَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى . وإنْ قُلْنَا : إنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ إلى المُشْتَرِى ، فلا حَدَّ عليه أيضًا ؛ لأنَّ له فيها شُبْهَةً ، لوُجُودِ سَبَبِ نَقْلِ المِلْكِ إليه فيها ، واخْتِلافِ أهْلِ العِلْمِ فى ثُبُوتِ المِلْكِ له ، والحَدُّ يُدْرَأُ بالشُّبُهَاتِ . وعليه المَهْرُ وقِيمَةُ الوَلَدِ ، وحُكْمُهما حُكْمُ نَمائِها[1] . وإنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وأنَّ مِلْكَه غيرُ ثابتٍ ، فوَلَدُه رَقِيقٌ .

١٦١٩ – مسألة : (وإنْ وَطِئَها البائِعُ ، وقُلْنَا : البَيْعُ يَنْفَسِخُ بوَطْئِه . فكذلك . وإنْ قُلْنَا : لا يَنْفَسِخُ . فعليه المَهْرُ ، ووَلَدُه رَقِيقٌ ، إلَّا إذا قُلْنَا : المِلْكُ له . ولا حَدَّ فيه على كُلِّ حالٍ . وقال أصْحَابُنَا : عليه الحَدُّ إذا عَلِمَ

الإنصاف

وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ قُلْنا : إنَّ المِلْكَ لا يَنْتَقِلُ إليه . لا حَدَّ عليه أيضًا ، وعليه المَهْرُ ، وقِيمَةُ الوَلَدِ ، وإنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وأنَّ مِلْكَه غيرُ ثابتٍ ، فوَلَدُه رَقِيقٌ .

قوله : وإنْ وَطِئَها البائِعُ ، فكذلك ، إنْ قُلْنَا : البَيْعُ يَنْفَسِخُ بوَطْئِه . وتقدَّم ،

---

(١) فى م : « نمائهما » .

المقنع

عَلِمَ زَوَالَ مِلْكِهِ ، وَأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَنْفَسِخُ بِالْوَطْءِ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ .

الشرح الكبير

زوالَ مِلْكِه ، وأنَّ البَيْعَ لا يَنْفَسِخُ بوَطْئِه . وهو المَنْصُوصُ) وأمّا البائِعُ فلا يَحِلُّ له الوَطْءُ قبلَ فَسْخِ البَيْعِ . وقال بَعْضُ (1أصْحابِ الشافعيِّ1) : له وَطْؤُها ؛ لأنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بوَطْئِه ، فإنْ كان المِلْكُ انْتَقَلَ، رَجَعَتْ إليه ، وإنْ لم يَكُنِ انْتَقَلَ ، انْقَطَعَ حَقُّ المُشْتَرِى منها ، فيكونُ واطِئًا لِمَمْلُوكَتِه التى لا حَقَّ لغَيْرِه فيها . ولَنا ، أنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عنه ، فلم يَحِلَّ له وَطْؤُها ؛ لقَوْلِ اللهِ تَعالَى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾[2] . ولأنَّ ابْتِداءَ الوَطْءِ يَقَعُ فى غيرِ مِلْكِه ، فيكونُ[3] حَرامًا . ولو انْفَسَخَ البَيْعُ قبلَ وَطْئِه ، لم يَحِلَّ حتى يَسْتَبْرِئَها . ولا حَدَّ عليه . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ،

الإنصاف

هل يكونُ تصرُّفُ البائِعِ فَسْخًا للبَيْعِ ؟ وأنَّ الصَّحيحَ يكون فسْخًا[4] .

وقوله : وإنْ قُلْنا : لا ينْفَسِخُ . فعليه المَهْرُ ، ووَلَدُه رَقِيقٌ . قد تقدَّمَ أنَّ المذهبَ ، لا ينْفَسِخُ العَقْدُ بتَصرُّفِه .

وقوله : إلَّا إذا قُلْنا : المِلْكُ له . وتقدم أنَّ المذهبَ ، لا يكونُ المِلْكُ له فى مُدَّةِ الخِيارِ .

قوله : ولا حَدَّ فيه على كلِّ حالٍ . هذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، والمَجْدِ

(1 - 1) فى م : « الشافعية » .

(2) سورة المؤمنون 6 ، 7 .

(3) سقط من : م .

(4) فى حاشية ط : « الذى تقدم فى كلام هذا المؤلف ، أن الصحيح ، أن تصرف البائع لا يكون فسخًا ، وقال : نص عليه . واستشهد بعبارة الفروع والقواعد » .

الشرح الكبير

والشّافِعِيُّ . وقال بعضُ أصْحَابِنَا : إنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، وأنَّ مِلْكَهُ قد زَالَ ولا يَنْفَسِخُ بالوَطْءِ ، فعليه الحَدُّ . وذكر أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه ؛ لأنَّه لم يُصَادِفْ مِلْكًا ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ . ولَنا ، أنَّ مِلْكَه يَحْصُلُ بابْتِدَاءِ وَطْئِه ، فيَحْصُلُ تَمامُ الوَطْءِ [٢٦٦/٣ظ] فى مِلْكِه ، مع اخْتِلَافِ العُلَمَاءِ فى كَوْنِ المِلْكِ له وحِلِّ الوَطْءِ له ، ولا يَجِبُ الحَدُّ مع واحِدَةٍ مِن هذه الشُّبُهاتِ ، فكيف إذا اجْتَمَعَتْ ! مع أنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يَحْصُلَ الفَسْخُ بالمُلَامَسَةِ قبلَ الوَطْءِ ، فيكونُ المِلْكُ قد رَجَعَ إليه قبلَ وَطْئِه . ولهذا قال أحمدُ فى المُشْتَرِى : إنَّها قد وَجَبَتْ عليه فيما إذا مَشَطَها ، أو خَضَبَها ، أو حَفَّها .

الإنصاف

فى « مُحَرَّرِه » ، والنَّاظِمِ ، وصاحبِ « الحاوِى » ، وصحَّحُوه فى كتابِ الحُدودِ ، وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » هناك ، وإليه مَيْلُ ابنِ عَقِيلٍ ، وحكَاه بعضُ الأصحابِ رِوايَةً عن الإمامِ أحمدَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . فعلى هذا ، يكونُ وَلَدُه حُرًّا ثابتَ النَّسَبِ ، ولا يَلْزَمُه قِيمَةٌ ، ولا مَهْرَ عليه ، وتَصيرُ أُمَّ وَلَدٍ له . وقال أصحابُنا : عليه الحَدُّ إذا عَلِمَ زَوالَ مِلْكِه ، وأنَّ البَيْعَ لا ينْفَسِخُ بالوَطْءِ . وهو المَنْصُوصُ ، وهو المذهبُ ، وهو مِن مُفْرَداتِه . (١ويأْتِى ذلك فى حَدِّ الزِّنا أيضًا١) .

فقولُه : إذا عَلِمَ أنَّ البَيْعَ لا ينْفَسِخُ . هكذا قيَّدَه بعضُ الأصحابِ . قالَ : إنِ اعْتَقَدَ أنَّه ينْفَسِخُ بوَطْئِه ، فلا حدَّ عليه ؛ لأنَّ تمامَ الوَطْءِ وَقَعَ فى مِلْكٍ ، فتَمكَّنَتِ الشُّبْهَةُ . وقال أكثرُ الأصحابِ : عليه الحَدُّ إذا كان عالِمًا بالتَّحْريمِ . وهو المَنْصوصُ عن أحمدَ فى رِوايَةِ مُهَنَّا . وهو اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ ، وابنِ حامِدٍ ،

(١ - ١) سقط من الأصل .

المقنع

وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمَا ، بَطَلَ خِيَارُهُ ، وَلَمْ يُورَثْ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يُورَثَ كَالْأَجَلِ .

الشرح الكبير

فبِوَضْعِ يَدِه عليها للجِمَاعِ ، ولَمْسِ فَرْجِها بفَرْجِه ، أَوْلَى . وعلى هذا يكونُ ولَدُه منها حُرًّا ثابِتَ النَّسَبِ ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه ، ولا مَهْرَ عليه ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له . وقال أصْحَابُنَا : إنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، فوَلَدُهُ رَقِيقٌ ، لا يَلْحَقُه نَسَبُه ، وإن لم يَعْلَمْ ، لَحِقَه النَّسَبُ ، ووَلَدُه حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه يومَ الوِلَادَةِ ، وعليه المَهْرُ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه وَطِئَها فى غيرِ مِلْكِه .

فصل : ولا بَأْسَ بنَقْدِ الثَّمَنِ وقَبْضِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ . وكَرِهَهُ مالِكٌ ، قال : لأنَّه فى مَعْنَى بَيْعٍ وسَلَفٍ إذا أقْبَضَه الثَّمَنَ ثم تَفَاسَخَا البَيْعَ ، صارَ كأنَّه أقْرَضَه إيَّاهُ . ولَنا ، أنَّ هذا حُكْمٌ مِن أحْكَامِ البَيْعِ ، فجازَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، كالإِجَارَةِ ، وما ذَكَرَه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّنا لا نُجِيزُ له التَّصَرُّفَ فيه .

١٦٢٠ – مسألة : (ومَن ماتَ منهما بَطَلَ خِيارُه ، ولم يُورَثْ) إذا ماتَ أحَدُ المُتَبَايِعَيْنِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، بَطَلَ خِيارُه فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ،

الإنصاف

والأكْثَرِين . قالَه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . ومَحَلُّ وُجوبِ الحدِّ أيضًا عندَ الأصحابِ ، إذا كان عالِمًا بتَحْريمِ الوَطْءِ ، أمَّا إذا كان جاهِلًا بتَحْريمِه ، فلا حدَّ عليه ، كما سيأْتِى فى شُروطِ الزِّنا . فعلى قوْلِ الأصحابِ ، إنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ ، فوَلَدُه رَقِيقٌ لا يلْحَقُه نَسَبُه ، وإنْ لم يعْلَمْ ، لَحِقَه النَّسَبُ ، ووَلَدُه حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه يومَ وِلادَتِه ، وعليه المَهْرُ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له .

قوله : ومَن ماتَ مِنهما ، بطَلَ خِيارُه ، ولم يُورَثْ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ

الشرح الكبير

وَيَبْقَى خِيارُ الآخَرِ بحالِه ، إلَّا أنْ يكونَ المَيِّتُ قد طالَبَ بالفَسْخِ قبلَ مَوْتِه ، فيكونُ لوَرَثَتِه . وهو قوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وأبى حَنِيفَةَ . ويَتخرَّجُ أنَّ الخِيارَ لا يَبْطُلُ ، ويَنْتَقِلُ إلى وَرَثَتِه ؛ لأنَّه حَقٌّ مالِيٌّ ، فيَنْتَقِلُ إلى الوَارِثِ ، كالأَجَلِ ، وخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولأنَّه حَقُّ فَسْخٍ ، فيَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، كالفَسْخِ بالتَّحَالُفِ . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّه حَقُّ فَسْخٍ لا يَجُوزُ الاعْتِياضُ عنه ، فلم يُورَثْ كخِيارِ الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ .

الإنصاف

الأصحابِ ، وجزَم به كثيرٌ منهم . ويتَخَرَّجُ ، أنْ يُورَثَ كالأجَلِ وخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وهو لأبى الخَطَّابِ . وذكَرَه فى « عُيُونِ المَسائلِ » فى مَسْأَلَةِ حِلِّ الدَّيْنِ بالمَوْتِ رِوايةً .

قوله[1] : ولم يُورَثْ . مُرادُه ، إذا لم يطالبِ المَيِّتُ ، فأمَّا إنْ طالبَ فى حَياتِه ، فإنَّه يُورَثُ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ .

فائدة : خِيارُ المَجْلِسِ لا يُورَثُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وقيل : كالشَّرْطِ . وفى خِيارِصاحبِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » ، وخِيارُ المَجْلِس يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ . وهو الصَّحيحُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَبْطُلُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » .

فائدة : حَدُّ القَذْفِ لايُورَثُ إلَّا بمُطالَبَةِ المَيِّتِ فى حَياتِه ، كخِيارِ الشَّرْطِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وفى « الانْتِصارِ » رِوايَةٌ ، لايُورَثُ حدُّ قَذْفٍ ولو طَلَبَه مَقْذُوفٌ ، كَحدِّ زِنًى . ويأْتِى كلامُ المُصَنِّفِ

---

(١) قبلها فى الأصل : « تنبيه مراده » .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّالِثُ خِيَارُ الْغَبْنِ . وَيَثْبُتُ فِي ثَلَاثِ صُوَرٍ ؛ أَحَدُهَا ، إِذَا تَلَقَّى الرُّكْبَانَ فَاشْتَرَى مِنْهُمْ وَبَاعَ لَهُمْ ، فَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا هَبَطُوا السُّوقَ وَعَلِمُوا أَنَّهُمْ قَدْ غُبِنُوا غَبْنًا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ .

الشرح الكبير

(**فصل** : الثالثُ خِيارُ الغَبْنِ . ويَثْبُتُ فى ثَلاثِ صُوَرٍ ؛ أحدُها ، إذا تَلَقَّى الرُّكْبانَ فاشْتَرَى منهم [(1)] وباعَ لهم [(1)] ، فلهمُ الخِيارُ إذا هَبَطُوا السُّوقَ وعَلِمُوا أنَّهُم قد غُبِنُوا غَبْنًا يَخْرُجُ عن العَادَةِ) رُوِىَ أنَّهُم كانُوا يَتَلَقَّوْنَ الأَجْلَابَ ، فيَشْتَرُونَ منهم الأَمْتِعَةَ قبلَ أنْ تَهْبِطَ[(2)] الأَسْوَاقَ ، فرُبَّما غَبَنُوهم غَبْنًا بَيِّنًا ، فيَضُرُّوا بهم ، ورُبَّما أضَرُّوا بأَهْلِ البَلَدِ ؛ لأنَّ الرُّكْبَانَ إذا وَصَلُوا باعُوا أمْتِعَتَهُم ، والذين يَتَلَقَّوْنَهم لا يَبِيعُونَها سَرِيعًا ، ويَتَرَبَّصُونَ بها السِّعْرَ[(3)] ، فهو فى مَعْنَى بَيْعِ الحاضِرِ للبادِى ، فَنَهَى النَّبىُّ ﷺ عن ذلك . فرَوَى ابنُ عَبّاسٍ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لا تَلَقَّوُا الرُّكْبانَ ، ولا يَبِيعُ حاضِرٌ لبادٍ » . وعن أبى هُرَيْرَةَ مثلُه . مُتَّفَقٌ عليهما[(4)] . وكَرِهَهُ

الإنصاف

فى بابِ القَذْفِ ، ويأْتِى ، هل تُورَثُ المُطالبَةُ بالشُّفْعَةِ ؟ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخِرِ الفَصْلِ الخامسِ مِن بابِ الشُّفْعَةِ . وتقدَّم ، إذا علَّق عِتْقَ عَبْدِه على بَيْعِه ، فى البابِ قبلَه فى الشُّروطِ الفاسِدَةِ .

قوله : الثَّالِثُ ، خِيارُ الغَبْنِ ، ويثْبُتُ فى ثَلاثِ صُوَرٍ ؛ أحدُها ، إذا تلَقَّى

(1 - 1) فى م : « فباعهم » .

(2) فى م : « يهبطوا » .

(3) فى م : « السعة » .

(4) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٥ .

الشرح الكبير

أَكْثَرُ العُلَماءِ؛ منهم عمرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ، ومالِكٌ، واللَّيْثُ، والأوْزَاعِيُّ، والشّافِعِيُّ، وإسحاقُ. وحُكِيَ عن أبي حَنِيفَةَ، أنَّه لم يَرَ بذلك بَأْسًا. وسُنَّةُ رَسُولِ اللهِ ﷺ [٢٦٧/٣و] أحَقُّ أنْ تُتَّبَعَ. فإنْ خالَفَ وتَلَقَّى الرُّكْبانَ واشْتَرَى منهم، فالبَيْعُ صَحِيحٌ فى قولِ الجَميعِ. قاله ابنُ عبدِ البَرِّ. وعن أحمدَ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ؛ لظاهِرِ النَّهْيِ. والأوَّلُ أصَحُّ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «لا تَلَقَّوُا الجَلَبَ، فمَن تَلَقّاهُ فاشْتَرَى منه، فإذا أتَى السُّوقَ فهو بالخِيارِ». رَواهُ مُسْلِمٌ[1]. والخِيارُ لا يكونُ إلَّا فى عَقْدٍ صَحِيحٍ، ولأنَّ النَّهْيَ لا لِمَعْنًى فى البَيْعِ، بل يَعُودُ إلى ضَرْبٍ مِن الخَدِيعَةِ يُمْكِنُ اسْتِدْراكُها بإثْباتِ الخِيارِ، فأشْبَهَ بَيْعَ المُصَرّاةِ، وفارَقَ بَيْعَ الحاضِرِ للبادِي، فإنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِدْراكُه بالخِيارِ، إذْ ليس الضَّرَرُ

الإنصاف

الرُّكْبانَ، فاشْتَرَى مِنهم، وباعَ لهم، فلهم الخِيارُ إذَا هَبَطُوا[2] السُّوقَ، وعَلِمُوا أنَّهم قد غُبِنُوا. أعْلَمَنا المُصَنِّفُ، رَحِمَهُ اللهُ، هنا أنَّه إذا تلَقَّى الرُّكْبانَ، واشْتَرى منهم، وباعَ لهم، أنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ. وهو المذهبُ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ، ونصَّ عليه. وعنه، أنَّه باطِلٌ. اخْتارَه أبو بَكْرٍ. فعلى المذهبِ، يَثْبُتُ لهمُ الخِيارُ بشَرْطِه، سواءٌ قَصَد تَلَقِّيهم أو لم يقْصِدْه. وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ. نصَّ عليه، وعليه

---

(١) فى: باب تحريم تلقى الجلب، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٥٧/٣.
كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى التلقى، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢٤١/٢. والترمذى، فى: باب ما جاء فى كراهية تلقى البيوع، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٢٢٩/٥. والنسائى، فى: باب التلقى، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٢٦/٧. وابن ماجه، فى: باب النهى عن تلقى الجلب، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٣٥/٢. والدارمى، فى: باب النهى عن تلقى البيوع، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢٥٥/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٤٨٨/٢.

(٢) فى الأصل، ط: «أهبطوا».

الشرح الكبير

عليه ، إنَّما هو على المُسْلِمِينَ . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فللبَائِعِ الخِيارُ إذا عَلِمَ أنَّه قد غُبِنَ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا خِيارَ له . وقد رَوَيْنا قَوْلَ رسولِ اللهِ ﷺ فى هذا ، ولا قولَ لأحَدٍ مع قَوْلِه . وظَاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه لا خِيارَ له إلَّا مع الغَبْنِ ؛ لأنَّه إنَّما يَثْبُتُ لأجْلِ الخَدِيعَةِ ، ودَفْعِ الضَّرَرِ عن البائِعِ ، ولا ضَرَرَ مع عدَمِ الغَبْنِ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشّافِعِىِّ . ويُحْمَلُ إطلاقُ الحَدِيثِ فى إثْباتِ الخِيارِ على هذا ؛ لِعِلْمِنا بمَعْناه ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ له الخِيارَ إذا أتَى السُّوقَ ، فيُفْهَمُ منه أنَّه أشارَ إلى مَعْرِفَتِه بالغَبْنِ فى السُّوقِ ، ولولا ذلك لَكَانَ الخِيارُ له مِن حينِ البَيْعِ . وظَاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ الخِيَارَ يَثْبُتُ له بمُجَرَّدِ الغَبْنِ ، وإنْ قَلَّ . والأَوْلَى أنْ يَتَقَيَّدَ بما يَخْرُجُ عن العادَةِ ؛ لأنَّ ما دُونَ ذلك لا يَنْضَبِطُ . وقال أَصْحَابُ مالِكٍ : إنَّما نُهِىَ عن تَلَقِّى الرُّكْبانِ لِما يَفُوتُ به مِن الرِّفْقِ بأَهْلِ السُّوقِ ؛ لئَلَّا يَنْقَطِعَ عنهم ما لَه جَلَسُوا ؛ مِن ابْتِغاءِ فَضْلِ اللهِ تَعالَى . قال ابنُ القاسِمِ : فإن تَلَقَّاهَا مُتَلَقٍّ فاشْتَرَاها ، عُرِضَتْ على أهْلِ السُّوقِ ، فيَشْتَرِكُونَ فيها . وقال اللَّيْثُ بنُ سعدٍ : يُباعُ فى السُّوقِ . وهذا مُخالِفٌ لمَدْلُولِ الحَدِيثِ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ الخِيارَ للبائِعِ إذا هَبَطَ السُّوقَ ، ولم يَجْعَلُوا له خِيارًا ، وجَعْلُ النَّبِىِّ ﷺ الخِيارَ له يَدُلُّ على أنَّ النَّهْىَ عن التَّلَقِّى لِحَقِّه ، لا لِحَقِّ غيرِه . ولأنَّ الجالِسَ فى السُّوقِ كالمُتَلَقِّى ، فى أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُبْتَغٍ لفَضْلِ اللهِ ، ولا يَلِيقُ بالحِكْمَةِ فَسْخُ عَقْدِ أحَدِهما وإلحاقُ الضَّرَرِ به ، دَفْعًا للضَّرَرِ عن

الإنصاف

أكثرُ الأصحابِ . وقيل : لا خِيارَ لهم[٢/٧٧ظ] إلَّا إذا قصَد تلقِّيهم . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

الشرح الكبير

مِثْلِه ، وليس رِعايَةُ حَقِّ الجالِسِ أَوْلَى مِن رِعَايَةِ حَقِّ المُتَلَقِّى ، ولا يُمْكِنُ اشْتِراكُ أَهْلِ السُّوقِ كُلِّهِم فى سِلْعَتِه ، فلا يُعَرَّجُ على مِثْلِ هذا .

فصل : فإن تَلَقَّاهُم فباعَهُم شَيْئًا ، فهو كمَن اشْتَرَى منهم ، ولهم الخِيارُ إذا غَبَنَهُم غَبْنًا يَخْرُجُ عن العَادَةِ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ للشّافِعِيَّةِ . وقالُوا فى الآخَرِ : النَّهْىُ عن الشِّراءِ دُونَ البَيْعِ ، فلا يَدْخُلُ البَيْعُ فيه . وهذا مُقْتَضَى قَوْلِ أَصْحابِ مالِكٍ ؛ لأَنَّهُم عَلَّلُوه بما ذَكَرْنا عنهم ، ولا يَتَحقَّقُ ذلك فى البَيْعِ لهم . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « لا تَلَقَّوُا الرُّكْبانَ » . والبائِعُ داخِلٌ فيه . ولأَنَّ النَّهْىَ عنه لِما فِيه [٢٦٧/٣ظ] مِن خَدِيعَتِهِم وغَبْنِهِم ، وهذا فى البَيْعِ كهُوَ فى الشِّرَاءِ ، والحَدِيثُ قد جاءَ مُطْلَقًا ، ولو كان مُخْتَصًّا بالشِّراءِ لأُلْحِقَ به ما فى مَعْناه ، وهذا فى مَعْناه .

فصل : فإنْ خَرَجَ لغَيْرِ قَصْدِ التَّلَقِّى ، فلَقِىَ رَكْبًا ، فقال القاضِى :

الإنصاف

قوله : وعَلِمُوا أَنَّهُم قد غُبِنُوا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لهُمُ الخِيارُ ، وإنْ لم يُغْبَنُوا .

قوله : غَبْنًا يخْرُجُ عنِ العادَةِ . مَرْجِعُ الغَبْنِ إلى العُرْفِ والعادَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : يُقدَّرُ الغَبْنُ بالثُّلُثِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وجزَم به فى « الإرْشادِ » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : والمَنْصُوصُ أنَّ الغَبْنَ المُثْبِتَ للفَسْخِ ما لا يتَغابَنُ النَّاسُ بمِثْلِه ، وحَدَّه أصحابُنا بقَدْرِ ثُلُثِ قِيمَةِ المَبِيعِ . انتهى . وقيل : يُقَدَّرُ بالسُّدْسِ . وقيل : يُقدَّرُ بالرُّبْعِ . ذكَرَه ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الخِيارَ يثْبُتُ بمُجَرَّدِ الغَبْنِ وإنْ قَلَّ . قالَه الشَّارِحُ وغيرُه . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقد قال أبو يَعْلَى

المقنع

وَالثَّانِيَةُ ، النَّجْشُ ؛ وَهُوَ أَنْ يَزِيدَ فِي السِّلْعَةِ مَنْ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا ؛ لِيَغُرَّ الْمُشْتَرِىَ . فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا مَا غُبِنَ .

الشرح الكبير

ليس له الابْتِيَاعُ منهم ولا الشِّرَاءُ . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحَابِ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَحْرُمَ عليه ذلك . وهو قولُ اللَّيْثِ بنِ سَعْدٍ ، والوَجْهُ الثانِى لأَصْحَابِ الشافِعِىِّ ؛ لأَنَّه لم يَقْصِدِ التَّلَقِّىَ ، فلم يَتَنَاوَلْه النَّهْىُ . ولأَنَّه نادِرٌ ، فلا يكثُرُ ضَرَرُه كمَن يَقْصِدُ ذلك . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّه إنّما نُهِىَ عن التَّلَقِّى دَفْعًا للخَدِيعَةِ والغَبْنِ عنهم ، وذلك مُتَحَقِّقٌ ، سواءٌ قَصَدَ التَّلَقِّىَ أو لم يَقْصِدْه ، فأَشْبَهَ ما لو قَصَدَ .

١٦٢١ – مسألة : (الثانِيَةُ ، النَّجْشُ ؛ وهو أنْ يَزِيدَ فى السِّلْعَةِ مَن لا[1] يُرِيدُ شِراءَها ؛ لِيَغُرَّ المُشْتَرِىَ . فله الخِيَارُ إذا غُبِنَ) النَّجْشُ حَرامٌ وخِدَاعٌ . قال البُخارِىُّ[2] : النّاجِشُ آكِلُ رِبًا خائِنٌ ، وهو خِدَاعٌ باطِلٌ

الإنصاف

الصَّغِيرُ فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه : له الفَسْخُ بغَبْنٍ يَسِيرٍ ، كدِرْهَمٍ فى عشَرَةٍ بالشَّرْطِ . ويأْتِى ذلك بعدَ تعَدُّدِ العُيُوبِ .

قوله : الثَّانِيَةُ فى النَّجْشِ ؛ وهو أنْ يزيدَ فى السِّلْعَةِ مَن لا يُرِيدُ شِراءَها لِيَغُرَّ المُشْتَرِىَ . أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، أنَّ بَيْعَ النَّجْشِ صَحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، يبْطُلُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه المُصَنِّفُ . وقال فى « التَّنْبِيهِ » : لا يجُوزُ النَّجْشُ . وعنه ، يقَعُ لازِمًا ، فلا فَسْخَ مِن غيرِ رِضًى . ذكَرَ فى « الانْتِصارِ » فى البَيْعِ الفاسِدِ ؛ هل يَنْقُلُ المِلْكَ ؟ فعلى المذهبِ ، يثْبُتُ

---

(١) سقط من : م .
(٢) أى نقلًا عن ابن أبى أوفى . انظر التخريج الآتى .

الشرح الكبير

لا يَحِلُّ . لِما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن النَّجْشِ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّ فى ذلك تَغْرِيرًا بالمُشْتَرِى وخَدِيعَةً له ، وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنه قَالَ : « الْخَدِيعَةُ فى النَّارِ »[2] . فإنِ اشْتَرَى مع النَّجْشِ ، فالشِّرَاءُ صَحِيحٌ ، فى قولِ أكثرِ العُلَماءِ ، منهم الشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ . اخْتَارَه أبو بكْرٍ . وهو قَوْلُ مالِكٍ ؛ لأنَّ النَّهْىَ يَقْتَضِى الفَسَادَ . ولَنا ، أنَّ النَّهْىَ عادَ إلى النَّاجِشِ ،

الإنصاف

للمُشْتَرِى الخِيارُ بشَرْطِه ، وسواءٌ كان ذلك بمُواطأَةٍ مِن البائعِ أَوْ لا . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : لا خِيارَ له إلَّا إذا كان بمُواطأَةٍ مِنَ البائعِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو نجَش البائعُ ، فزادَ أو وَاطَأَ ، فهل يبْطُلُ البَيْعُ ، وإنْ لم يُبْطِلْه فى الأُولَى ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يبْطُلُ البَيْعُ ، وهو الصَّحيحُ ، وهو ظاهرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ ، وهو كالصَّريحِ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وقال : هذا

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما يكره من التناجش ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣/٩١ ، ٩/٣١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ... ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٦ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٢٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن النجش ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٤ . والإمام مالك ، فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٨٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٧ ، ٦٣ ، ١٠٨ ، ١٥٦ ، ٣١٩ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٩١ .

الشرح الكبير

لا إلى العاقِدِ ، فلم يُؤَثِّرْ فى البَيْعِ . ولأَنَّ النَّهْىَ لحقِّ آدَمِىٍّ ، فلم يَفْسُدِ العَقْدُ ، كبَيْعِ المُدَلِّسِ . وفارَقَ ما كانَ لحَقِّ اللهِ تعالَى ، فإنَّ حَقَّ الآدَمِىِّ يُمْكِنُ جَبْرُه بالخِيارِ ، أو زِيَادَةٍ فى الثَّمَنِ ، لكنْ إنْ كان فى البَيْعِ غَبْنٌ لم تَجْرِ العادَةُ بمِثْلِه ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والإِمْضَاءِ ، كما فى تَلَقِّى الرُّكْبانِ . فإنْ كان يُتَغَابَنُ بمِثْلِه ، فلا خِيارَ له . وسواءٌ كان النَّجْشُ بمُواطَأَةٍ

الإنصاف

المَشْهُورُ . والوَجْهُ الثَّانى ، يَبْطُلُ البَيْعُ . قال فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وعنه ، لا يصِحُّ بَيْعُ النَّجْشِ ، كما لو زادَ فيها البائعُ أو وَاطَأَ عليه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : أو زادَ زَيْدٌ بإذْنِه ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . الثَّانيةُ ، لو أخْبَرَ أنَّه اشْتَراها بكذا ، وكان زائِدًا عمَّا اشْتَراها به ، لم يَبْطُلِ البَيْعُ ، وكان له الخِيارُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال فى « الإِيضاحِ » : يَبْطُلُ مع عِلْمِه .

تنبيه : قال فى « الفُروعِ » : قوْلُهم فى النَّجْشِ : لِيَغُرَّ المُشْتَرِىَ . لم يحْتَجُّوا لتوَقُّفِ الخِيارِ عليه . قال : وفيه نَظَرٌ . وأطْلَقُوا الخِيارَ فيما إذا أخْبَرَ بأكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ ، لكِنْ قال بعضُهم : لأنَّه فى مَعْنَى النَّجْشِ ، فيكونُ القَيْدُ مُرادًا ، ويُشْبِهُ ما إذا خرَج ولم يقْصِدِ التَّلَقِّىَ . وسَبَق أنَّ المَنْصُوصَ الخِيارُ . انتهى . قلتُ : قال فى « الرِّعايَةِ » : ويَحْرُمُ أنْ يَزِيدَ فى سِلْعَةٍ مَن لا يُرِيدُ شِراءَها . وقيل : بل لِيَغُرَّ مُشْتَرِيَها الغِرَّ بها . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وزادَ غيرُ المُصَنِّفِ ، أنْ يكونَ الذى زادَ مَعْروفًا بالحِذْقِ ولابُدَّ منه . انتهى . ولم نرَه فى غيره . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وزادَ بعضُ أصحابِنا فى تَفْسيرِه ، فقال : لِيَغُرَّ المُشْتَرِىَ . وهو حسَنٌ . انتهى .

فائدة : قال الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه : حُكْمُ زِيادَةِ المالِكِ فى الثَّمَنِ ، كأنْ يقولَ :

المقنع

وَالثَّالِثَةُ ، الْمُسْتَرْسِلُ ، إِذَا غُبِنَ الْغَبْنَ الْمَذْكُورَ . وَعَنْهُ ، أَنَّ النَّجْشَ وَتَلَقِّيَ الرُّكْبَانِ بَاطِلَانِ .

الشرح الكبير

مِن البائعِ ، أو لم يَكُنْ . وقال أصحابُ الشّافِعِيِّ : إنْ لم يكُنْ ذلك بمُواطَأَةٍ مِن البائعِ وعِلْمِه ، فلا خِيارَ . واخْتَلَفُوا فيما إذا كانَ بمُوَاطَأَةٍ منه ، فقال بَعْضُهم : لا خِيارَ للمُشْتَرِى ؛ لأَنَّ التَّفْرِيطَ منه ، حيث اشْتَرَى ما لا يَعْرِفُ قِيمَتَه . ولَنا ، أنَّه تَغْرِيرٌ بالعاقِدِ ، فإذا غُبِنَ ثَبَتَ له الخِيَارُ ، كما فى تَلَقِّى الرُّكْبانِ ، وبذلك يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه . ولو قال البائِعُ : أُعْطِيتُ بهذه السِّلْعَةِ ما لم يُعْطِ . فَصَدَّقَه المُشْتَرِى ، ثم بان[1] كاذِبًا ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ ، وللمُشْتَرِى الخيارُ أيضًا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى النَّجْشِ .

١٦٢٢ – مسألة : (الثالِثَةُ ، المُسْتَرْسِلُ ، إذا غُبِنَ الغَبْنَ المَذْكُورَ) يَعْنِى إذا غُبِنَ غَبْنًا يَخْرُجُ عن العَادَةِ – كما ذَكَرْنا فى تَلَقِّى الرُّكْبانِ والنَّجْشِ – يُثْبِتُ له الخِيارَ بينَ الفَسْخِ والإِمْضاءِ . وبه قال مالِكٌ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : وقد قيلَ : قد لَزِمَهُ البَيْعُ ، ولا فَسْخَ له . وهو مَذْهَبُ أَبى حَنِيفَةَ ،

الإنصاف

أُعْطِيتُ فى هذه السِّلْعَةِ كذا . وهو كاذِبٌ ، حُكْمُ نجْشِه . انتهى .

قوله : الثَّالِثَةُ ، المُسْتَرْسِلُ . يثْبُتُ للمُسْتَرْسِلِ الخِيارُ إذا غُبِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، لا يثْبُتُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، المُسْتَرْسِلُ هو الذى لا يُحْسِنُ يُماكِسُ . قالَه الإمامُ أحمدُ . وفى لفْظٍ عنه : هو الذى لا يُماكِسُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هو الجاهِلُ بقِيمَةِ

---

(١) فى الأصل ، ق ، م : « كان » .

الشرح الكبير

والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ نُقْصانَ قِيمَةِ السِّلْعَةِ مع سَلَامَتِها لا يَمْنَعُ لُزُومَ العَقْدِ ، كغَيْرِ المُسْتَرْسِلِ ، وكالغَبْنِ اليَسِيرِ . ولَنا ، أنَّه غَبْنٌ حَصَلَ لجَهْلِه بالمَبِيعِ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالغَبْنِ فى تَلَقِّى الرُّكْبانِ ، [٢٦٨/٣و] فأمّا غيرُ المُسْتَرْسِلِ ، فإنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ بالغَبْنِ ، فهو كالعالِمِ بالعَيْبِ ، وكذا لو اسْتَعْجَلَ فجَهِلَ ما لو تَثَبَّتَ لَعَلِمَه ، لم يكُنْ له خِيارٌ ؛ لأنَّه انْبَنَى على تَفْرِيطِه وتَقْصِيرِه . والمُسْتَرْسِلُ هو الجاهِلُ بقيمَةِ السِّلْعَةِ ، ولا يُحْسِنُ المُبايَعَةَ . قال أحمدُ : المُسْتَرْسِلُ الذى لا يُحْسِنُ أنْ يُماكِسَ . وفى لَفْظٍ : الذى لا يُماكِسُ . فكأنَّه اسْتَرْسَلَ إلى البائِعِ ، فأخَذَ ما أعْطاهُ مِن غيرِ مُماكَسَةٍ ، ولا مَعْرِفَةٍ بغَبْنِه . ولا تَحْدِيدَ للغَبْنِ ، فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ . وحدَّه أبو بكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، وابنُ أبى مُوسَى فى « الإرْشادِ » بالثُّلُثِ . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ »[1] .

الإنصاف

السِّلْعَةِ ، ولا يُحْسِنُ المُبايَعَةَ . قال فى « التَّلْخِيصِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما : هو الذى لا يعْرِفُ سِعْرَ ما باعَه أو اشْتَراه . فصَرَّحا أنَّ المُسْتَرْسِلَ يتناوَلُ البائِعَ والمُشْتَرِىَ ، وأنَّه الجاهِلُ بالبَيْعِ . كما قالَه الإمامُ أحمدُ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : هو الجاهِلُ بقِيمَةِ المَبِيعِ ، بائعًا كان أو مُشْتَرِيًا . وقال فى « الفُروعِ » فى بابِ خِيارِ التَّدْليسِ ، فى حُكْمِ مَسْأَلَةٍ : كما لم يُفَرِّقُوا فى الغَبْنِ بينَ البائِعِ والمُشْتَرِى . فتَلَخَّصَ أنَّ المُسْتَرْسِلَ هو الجاهِلُ بالقِيمَةِ ، سواءٌ كان بائعًا أو مُشْتَرِيًا .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٣/٤ ، ٤ . ومسلم ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .

الشرح الكبير

وقيل : السُّدْسُ . والأَوْلَى تَحْدِيدُه بما لا يَتغابَنُ النّاسُ به فى العادَةِ ؛ لأنَّ ما لا يَرِدُ الشَّرْعُ بتَحْدِيدِه يُرْجَعُ فيه إلى العُرْفِ .

فصل : وإذا وقَعَ البَيْعُ على غيرِ مُتَعَيِّنٍ ، كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلٍ مِن دَنٍّ ، فظاهِرُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَلْزَمُ بالتَّفَرُّقِ ، سواءٌ تقَابَضَا ، أوْ لَا . وقال القاضِى فى مَوْضِعٍ : (١المَبِيعُ الذى١) لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فقد صَرَّحَ بأنَّه لا يَلْزَمُ قبلَ قَبْضِه . وذكَرَ فى موضِعٍ آخَرَ : مَن اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ(٢) مِن صُبْرَتَيْنِ ، فتَلِفَتْ إحْدَاهُما قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَ العَقْدُ فى التّالِفِ دُونَ الباقِى . رِوايَةً واحِدَةً ، ولا خِيارَ للبائِعِ . وهذا تَصْرِيحٌ باللُّزُومِ فى حَقِّ البائِعِ قَبْلَ القَبْضِ ، فإنَّه لو كان جائِزًا ، كان له الخِيارُ ، سَواءٌ تَلِفَتْ إحْدَاهُما أوْ لم تَتْلَفْ . ووَجْهُ الجَوازِ ،

الإنصاف

وقال فى « المُذْهَبِ » : لو جَهِلَ الغَبْنَ فيما اشْتَراه لعَجَلَتِه ، وهو لا يجْهَلُ القِيمَةَ ، ثبَت له الخِيارُ أيضًا . وجزَم به فى « النَّظْمِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : لو عَجِلَ فى العَقْدِ فغُبِنَ ، فلا خِيارَ له . انتهى . وعنه ، يثْبُتُ أيضًا لمُسْتَرْسِلٍ إلى البائِعِ لم يُماكِسْه . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وذكَرَه المذهبَ . وقال فى « الانْتِصارِ » : له الفَسْخُ ما لم يُعْلِمْه أنَّه غالٍ ، وأنَّه مَغْبُونٌ فيه . انتهى . الثَّانيةُ ، قال المَجْدُ فى « شَرْحِه » : يثْبُتُ خِيارُ الغَبْنِ للمُسْتَرْسِلِ [٢/٧٨و] فى الإِجارَةِ ، كما فى البَيْعِ ، إلَّا أنَّه إذا فسَخ وقد مضَى بعضُ المُدَّةِ ، يرْجِعُ عليه بأُجْرَةِ المِثْلِ للمُدَّةِ ، لا بقِسْطِه مِنَ المُسَمَّى ؛ لأنَّه لو رجَع بذلك ، لم يسْتَدْرِكْ ظُلامَةَ الغَبْنِ ، وفارَقَ مالو ظهَر

(١ - ١) فى ر ١ : « البيع » .

(٢) فى م : « قفيزًا » .

الشرح الكبير

أنه مَبيعٌ لا يَمْلِكُ بَيْعَه ولا التَّصرُّفَ فيه ، فكان جائِزًا ، كما قبلَ التَّفرُّقِ ، ولأنَّه لو تَلِفَ لكانَ مِن ضَمانِ البائِعِ . ووَجْهُ اللُّزُومِ قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « وإنْ تَفرَّقَا بعدَ أنْ تَبايَعا ، ولم يَتْرُكْ أحدُهما البَيْعَ ، فقد وَجَبَ البَيْعُ »[1] . وما ذَكَرْناه للقولِ الأوَّلِ يَنْتَقِضُ بِبَيْعِ المَوْصُوفِ والسَّلَمِ ، فإنَّه لازِمٌ مع ما ذَكَرْناه . وكذلك سائِرُ المَبيعِ[2] فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الإنصاف

على عَيْبٍ فى الإجارَةِ ففَسَخَ ، فإنَّه يَرْجِعُ عليه بقِسْطِه مِنَ المُسَمَّى ؛ لأنَّه يسْتَدْرِكُ ظُلامتَه بذلك ؛ لأنَّه يرْجِعُ بقِسْطِه منها مَعِيبًا ، فيَرْتَفِعُ عنه الضَّرَرُ بذلك . قال المَجْدُ : نَقَلْتُه مِن خَطِّ القاضى على ظَهْرِ الجُزءِ الثَّلاثِين مِن « تعْلِيقِه » . الثَّالثةُ ، الغَبْنُ مُحَرَّمٌ . نصَّ عليه . ذكَرَه أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « الفُنونِ » . وقال : إنَّ أحمدَ قال : أكْرَهُه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : يُكْرَهُ تلَقِّى الرُّكْبانِ . وقيل : يحْرُمُ . وهو أوْلَى . انتهى . الرَّابعةُ ، هل غَبْنُ أحدِهما فى مَهْرِ مِثْلِه كبَيْعٍ ، أوْ لا فَسْخَ ؟ فيه احْتِمالان فى « التَّعْليقِ » للقاضى ، و « الانْتِصارِ » لأبى الخَطَّابِ . وفى « عُيُونِ المَسائلِ » مَنْعٌ وتَسْليمٌ . ثم فرَّق ، وقال : ولهذا لا يُرَدُّ الصَّداقُ عندَهم . وفى وَجْهٍ لنا ، بعَيْبٍ يَسِيرٍ ، ويُرَدُّ المَبِيعُ بذلك . قلتُ : الصَّوابُ أنَّه لا يُفْسَخُ ، بل يقَعُ العَقْدُ لازِمًا . ويأْتِى قريبٌ مِن ذلك فى أوَاخِرِ بابِ الشُّروطِ فى النِّكاحِ ، وبابِ العُيُوبِ فى النِّكاحِ . الخامسةُ ، يحْرُمُ تَغْريرُ مُشْترٍ ؛ بأنْ يَسُومَه كثيرًا ليَبْذُلَ قرِيبًا منه . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، واقْتَصر عليه فى « الفُروعِ » . وهو الصَّوابُ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وإنْ دَلَّسَ مُسْتَأْجِرٌ على مُؤْجِرٍ وغيرِه حتى اسْتَأْجَرَه بدُونِ القِيمَةِ ، فله

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٥ .

(٢) فى م : « البيع » .

المقنع

فَصْلٌ : الرَّابِعُ ، خِيَارُ التَّدْلِيسِ بِمَا يَزِيدُ [٩٧ظ] بِهِ الثَّمَنُ ؛ كَتَصْرِيَةِ اللَّبَنِ فِى الضَّرْعِ ، وَتَحْمِيرِ وَجْهِ الْجَارِيَةِ ، وَتَسْوِيدِ شَعَرِهَا وَتَجْعِيدِهِ ، وَجَمْعِ مَاءِ الرَّحَى وَإِرْسَالِهِ عِنْدَ عَرْضِهَا . فَهَذَا يُثْبِتُ لِلْمُشْتَرِى خِيَارَ الرَّدِّ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الرَّابِعُ ، خِيَارُ التَّدْلِيسِ بما يَزِيدُ به[1] الثَّمَنُ ؛ كتَصْرِيَةِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، وتَحْمِيرِ وَجْهِ الجارِيَةِ ، وتَسْوِيدِ شَعَرِها وتَجْعِيدِه ، وجَمْعِ ماءِ الرَّحَى وإرْسَالِه عندَ عَرْضِها . فهذا يُثْبِتُ للمُشْتَرِى خِيارَ الرَّدِّ) التَّصْرِيَةُ : جَمْعُ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . يُقالُ : صَرَّى الشّاةَ ، وصَرَى اللَّبَنَ فى ضَرْعِ الشّاةِ . بالتَّشْدِيدِ والتَّخْفِيفِ . ويُقالُ : صَرَى الماءَ فى الحَوْضِ ، وصَرَى الطّعامَ فى فِيه ، وصَرَى الماءَ فى ظَهْرِه . إذا تَرَكَ الجِماعَ . وأنشد أبو عُبَيْدٍ[2] :

الإنصاف

أُجْرَةُ المِثْلِ . وفى مُفْرَداتِ ابنِ عَقِيلٍ فى المَسْأَلَةِ الأُولَى كقَوْلِه ، وأنَّه كالغِشِّ والتَّدْليسِ سواءً ، ثم سلَّم أنَّه لا يحْرُمُ . السَّادسةُ ، لو قال عندَ البَيْعِ : لا خِلابَةَ . فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ له الخِيارَ إذا خَلَبَه . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ وغيرُه : لا خِيارَ له .

قوله : الرَّابعُ ، خِيارُ التَّدْليسِ ، بما يزِيدُ به الثَّمَنُ ، كتَصْرِيَةِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى النسخ : « عبيدة » . والرجز فى غريب الحديث ، لأبى عبيد ٢/٢٤١ . وتهذيب اللغة ١٢/٢٢٤ . واللسان (ص ر ى) . وهو للأغلب العجلى ، وكان جاهليا إسلاميا ، قتل بنهاوند ، وهو أول من شبه الرجز بالقصيد وأطاله . الشعر والشعراء ، لابن قتيبة ٢/٤١٣ .

رَأَتْ[1] غُلامًا قدَ صَرَى فى فِقْرَتِه
ماءَ الشَّبَابِ عُنْفُوانَ شِرَّتِه[2]

الشرح الكبير

قال البُخَارِىُّ: أصْلُ التَّصْرِيَةِ حَبْسُ الماءِ. يُقالُ: صَرَّيْتُ الماءَ. ويقال للمُصَرَّاةِ: المُحَفَّلَةُ. وهو مِن الجَمْعِ أيضًا. ومنه سُمِّيَتْ مَجامِعُ النَّاسِ مَحافِلَ. والتَّصْرِيَةُ حَرامٌ إذا أُرِيدَ بها التَّدْلِيسُ على المُشْتَرِى؛ لقَوْلِ النَّبِىِّ ﷺ: « لا تُصَرُّوا الإبلَ »[3]. [٢٦٨/٣ظ] وقولِه: « مَنْ غَشَّنا فلَيْسَ مِنّا »[4]. ورَوَى ابنُ ماجَه[5]، بإسْنَادِه، عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال: « بَيْعُ المُحَفَّلَاتِ خِلَابَةٌ، ولا تَحِلُّ الخِلابَةُ لمُسْلِمٍ ». ورَواهُ ابنُ عبدِ البرِّ:

الإنصاف

وتَحْميرِ وَجْهِ الجَارِيَةِ، وتسْويدِ شعَرِها وتَجْعيدِه، وجَمْعِ ماءِ الرَّحَى وإرْسالِه عندَ عَرْضِها. قال فى « الرِّعايَةِ »: وكذا تَحْسِينُ وَجْهِ الصُّبْرَةِ ونحوِها، وتَصْنِيعُ

(١) فى م: « رأيت ».
(٢) فى الأصل، ق: « ستره ».
(٣) أخرجه البخارى، فى: باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ...، وباب إن شاء رد المصراة وفى حلبتها صاع من تمر، من كتاب البيوع. صحيح البخارى ٩٢/٣، ٩٣. ومسلم، فى: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ...، و: باب حكم بيع المصراة، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ١١٥٥/٣، ١١٥٨، ١١٥٩. وأبو داود، فى: باب من اشترى مصراة فكرهها، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢٤٢/٢. والنسائى، فى: باب النهى عن المصراة ...، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٢٣/٧. والإمام مالك، فى: باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، من كتاب البيوع. الموطأ ٦٨٣/٢، ٦٨٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٢٤٢/٢، ٤١٧، ٤٦٠، ٤٦٥.
(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٤.
(٥) فى: باب بيع المصراة، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٥٣/٢. كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٤٣٣/١.

الشرح الكبير

« ولا تَحِلُّ خِلَابَةُ مُسْلِمٍ »[1] . فمَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً مِن بَهِيمَةِ الأَنْعامِ وهو لا يَعْلَمُ تَصْرِيَتَها ، ثم عَلِمَ ، فله الخِيارُ فى الرَّدِّ والإِمْسَاكِ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عمرَ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، وأَنَسٍ . وإليه ذَهَبَ مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشَّافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو يُوسُفَ ، وعامَّةُ أهْلِ العِلْمِ . وذَهَبَ أبو حَنِيفَةَ ، ومحمدٌ إلى أنَّه لا خِيارَ له ؛ لأنَّ ذلك ليس بعَيْبٍ ، بدَلِيلِ أنَّها لو لم تكُنْ مُصَرَّاةً فوَجَدَها أقلَّ لَبَنًا مِن أَمْثالِها ، لم يَمْلِكْ رَدَّها ، والتَّدْلِيسُ بما ليس بعَيْبٍ لا يُثْبِتُ الخِيارَ ، كما لو عَلَفَها ، فانْتَفَخَ بَطْنُها ، فظَنَّ المُشْتَرِى أنَّها حامِلٌ . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تُصَرُّوا الإِبلَ والغَنَمَ ، فَمَنِ ابْتَاعَها فإنَّه بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بعدَ أنْ يَحْلِبَها ، إنْ شاءَ أَمْسَكَ ، وإنْ شاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِن تَمْرٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ورَوَى ابنُ عمرَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنِ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً ، فَهُوَ بالْخِيَارِ ثَلاثَةَ أيّامٍ ، فإنْ رَدَّها رَدَّ معَها مِثْلَ أو مِثْلَىْ لَبَنِها قَمْحًا » . رَواهُ أبو دَاودَ[3] . ولأنَّه تَدْلِيسٌ بما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ باخْتِلافِه ، فوَجَبَ به

الإنصاف

النَّسَّاجِ وَجْهَ الثَّوْبِ ، وصِقالُ الإسْكافِ وَجْهَ المَتاعِ ونحوُه ، فهذا يُثْبِتُ للمُشْتَرِى خِيارَ الرَّدِّ بلا نِزاعٍ . وظاهِرُه ، أنَّه لو حصَل ذلك مِن غيرِ قَصْدِ التَّدْلِيسِ ، لا

---

(١) الاستذكار ٢١/٨٥ . التمهيد ١٨/٢٠٩ ، ٢١٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

(٣) فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٣ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب بيع المصراة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤١٧ .

الشرح الكبير

الرَّدُّ ، كالشَّمْطَاءِ إذا سَوَّدَ شَعَرَها . وبه يَبْطُلُ قِياسُهُم ، فإنَّ بَيَاضَه ليس بعَيْبٍ ، كالكِبَرِ ، وإذا دَلَّسَه ثَبَتَ له الخِيارُ . وأمّا انْتِفاخُ البَطْنِ فقد يكونُ لغَيْرِ الحَمْلِ ، فلا مَعْنَى لحَمْلِه عليه ، وعلى أنَّ هذا القِياسَ يُخَالِفُ النَّصَّ ، واتِّباعُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ أوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَثْبُتُ الخِيارُ إذا لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى بالتَّصْرِيَةِ ، فإنْ كان عالِمًا ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ : يَثْبُتُ له الخِيارُ فى وَجْهٍ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ انْقِطاعَ اللَّبَنِ لم يُوجَدْ ، وقد يَبْقَى على حالِه ، كما لو تزَوَّجَتْ عِنِّينًا ، ثم طَلَبَتِ الفَسْخَ . ولَنا ، أنَّه اشْتَرَاها عالِمًا بالتَّدْلِيسِ ، فلم يكُنْ له خِيارٌ ، كما لو اشْتَرَى مَن سُوِّدَ شَعَرُها عالِمًا بذلك ، ولأنَّه دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، فلم يَثْبُتْ له الرَّدُّ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، وبَقاءُ اللَّبَنِ على حالِه نادِرٌ بَعِيدٌ ، لا يُعَلَّقُ عليه حُكْمٌ ، والأَصْلُ الذى قاسُوا عليه مَمْنُوعٌ .

فصل : وكذلك كلُّ تَدْلِيسٍ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ لأجْلِه ، مثلَ أنْ يُسَوِّدَ شَعَرَ الجارِيَةِ ، أو يُجَعِّدَه ، أو يُحَمِّرَ وَجْهَهَا ، أو يُضْمِرَ الماءَ على الرَّحَى ويُرْسِلَه عند عَرْضِهَا على المُشْتَرِى ، يُثْبِتُ الخِيارَ أيْضًا ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ يَخْتَلِفُ الثمَنُ باخْتِلافِه ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالتَّصْرِيَةِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ .

الإنصاف

خِيارَ له . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . (١وهو ظَاهِرُ كلامِ جَماعةٍ١) . والوَجْهُ الثّانى ، يثْبُتُ بذلك أيضًا . اخْتارَه القاضى ، واقْتَصَر عليه فى « الفائقِ » . وجزَم به فى « الكافِى » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وذكَر مِن صُوَرِ المَسْأَلَةِ ، تَحْمِيرَ الوَجْهِ مِنَ الخَجَلِ أوِ التَّعَبِ . وأطْلَقَهما فى

(١ - ١) فى الأصل : « وهو احتمال فى المغنى والشرح ومالا إليه » .

الشرح الكبير

وَوَافَقَ أبو حَنِيفَةَ فى تَسْوِيدِ الشَّعَرِ . وقال فى تَجْعِيدِه : لا يَثْبُتُ به خِيارٌ ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ بما ليس بعَيْبٍ ، أشْبَهَ ما لو سَوَّدَ أنامِلَ العَبْدِ لِيَظُنَّه كاتِبًا أو حَدَّادًا . وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ [٢٦٩/٣و] بتَسْوِيدِ الشَّعَرِ . وأمّا تَسْوِيدُ أنامِلِ العَبْدِ ، فَلَيْسَ بمُنْحَصِرٍ فى كَوْنِه كاتِبًا ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ قد وَلَغَ بالدَّوَاةِ ، أو كان غُلامًا لكاتِبٍ يُصْلِحُ له الدَّوَاةَ ، فَظَنُّه كاتِبًا طَمَعٌ لا يَسْتَحِقُّ به فَسْخًا . فإنْ حَصَلَ هذا مِن غيرِ تَدْلِيسٍ ، مثلَ أنِ اجْتَمَعَ اللَّبَنُ فى الضَّرْعِ مِن غيرِ قَصْدٍ ، أو احْمَرَّ وَجْهُ الجارِيَةِ لخَجَلٍ أو تَعَبٍ ، أو تَسَوَّدَ شَعَرُها بشىءٍ وَقَعَ عليه ، فقال القاضى : له الرَّدُّ أيْضًا ؛ لدَفْعِ الضَّرَرِ اللَّاحِقِ بالمُشْتَرِى ، والضَّرَرُ واجِبُ الدَّفْعِ ، سواءٌ قَصَدَ أو لم يَقْصِدْ ، فأشْبَهَ العَيْبَ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ الخِيارُ بحُمْرَةِ الوَجْهِ بخَجَلٍ أو تَعَبٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ذلك ، فتَعَيَّنَ ، (١)فظَنُّه من خِلْقَتِه الأَصْلِيَّةِ طَمَعٌ(١) ، فأشْبَهَ سوادَ أنامِلِ العَبْدِ .

فصل : وإنْ دَلَّسَه بما لا يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ، كتَبْيِيضِ الشَّعَرِ ، وتَسْبِيطِه ، فلا خِيارَ للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى ذلك . وإن عَلَفَ الشاةَ فَظَنَّها المُشْتَرِى حامِلًا ، أو سَوَّدَ أنامِلَ العَبْدِ ، أو ثَوْبَه ، لِيَظُنَّه كاتِبًا أو

الإنصاف

« الفُروعِ » . وقيلَ : لا يَثْبُتُ بحُمْرَةِ الخَجَلِ والتَّعَبِ ونحوِهما . وهو أقْوَى مِنَ الأوَّلِ ، ومالَ إليه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ .

فائدة : لو سوَّدَ كَفَّ العَبْدِ ، أو ثَوْبَه ؛ ليُظَنَّ أنَّه كاتِبٌ ، أو حَدَّادٌ ، أو علَفَ الشَّاةَ ، أو غيرَها ؛ ليُظَنَّ أنَّها حامِلٌ ، لم يثْبُتْ للمُشْتَرِى بذلك خِيارٌ . على الصَّحيحِ

(١ - ١) فى الأصل ، م ، ق : « ظنه من خلقته الأصلية لطمع » .

المقنع

وَيَرُدُّ مَعَ الْمُصَرَّاةِ عِوَضَ اللَّبَنِ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ . فَإِنْ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ ،

الشرح الكبير

حَدّادًا ، أو كانتِ الشّاةُ عَظِيمَةَ الضَّرْعِ خِلْقَةً ، فَظَنَّها كَثِيرَةَ اللَّبَنِ ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّ ذلك لا يَنْحَصِرُ فيما ظَنَّهُ المُشْتَرِى ، لأنَّ سوادَ الأَنامِلِ قد يكونُ لوَلَغٍ ، أو خِدْمَةِ كاتِبٍ أو حَدَّادٍ ، أو شُرُوعٍ فى الكِتابَةِ ، وانْتِفاخُ البَطْنِ يكونُ للأَكْلِ ، فظَنُّ المُشْتَرِى غيرَ ذلك طَمَعٌ لا يَثْبُتُ به الخِيَارُ .

فصل : فإنْ أرادَ إمْساكَ المُدَلَّسِ مع الأَرْشِ ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ لم يَجْعَلْ له فى المُصَرَّاةِ أرْشًا ، بل خَيَّرَه بينَ الإمْسَاكِ والرَّدِّ مع صاعٍ مِن تَمْرٍ . ولأنَّ المُدَلَّسَ ليس بمَعِيبٍ ، فلم يَسْتَحِقَّ له أرْشًا . فإنْ تَعَذَّرَ عليه الرَّدُّ بتَلَفٍ ، فعَلَيْه الثَّمَنُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه الرَّدُّ ، ولا أرْشَ له ، أشْبَهَ غيرَ المُدَلَّسِ . فإنْ تَعَيَّبَ عندَه قبلَ العِلْمِ بالتَّدْلِيسِ ، فله رَدُّه ورَدُّ أرْشِ العَيْبِ عندَه وأَخْذُ الثَّمَنِ ، وإنْ شاءَ أمْسَكَ ولا شئَ له . وإنْ تَصَرَّفَ فى المَبِيعِ بعدَ عِلْمِه بالتَّدْلِيسِ ، بَطَلَ رَدُّه ، كما لو تَصَرَّفَ فى المَبِيعِ المَعِيبِ ، وإنْ أَخَّرَ الرَّدَّ مِن غيرِ تَصَرُّفٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ تأْخِيرِ رَدِّ المَعِيبِ ، على ما نَذْكُرُه إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

١٦٢٣ – مسألة : (ويَرُدُّ مع المُصَرَّاةِ عِوَضَ اللَّبَنِ صاعًا مِن تَمْرٍ .

الإنصاف

مِنَ المذهبِ . وقيل : يَثْبُتُ .

قوله : ويَرُدُّ مع المُصَرَّاةِ عِوَضَ اللَّبَنِ صاعًا مِن تَمْرٍ . يتعَيَّنُ التَّمْرُ فى الرَّدِّ بشَرْطِه ، ولو زادَتْ قِيمَتُه على المُصَرَّاةِ ، أو نقَصَتْ عن قِيمَةِ اللَّبَنِ . على الصَّحيحِ

المقنع فَقِيمَتُهُ فِى مَوْضِعِهِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ نَاقَةً ، أَوْ بَقَرَةً ، أَوْ شَاةً .

الشرح الكبير فإنْ لم يَجِدِ التَّمْرَ ، فقِيمَتُهُ فى مَوْضِعِه ، سواءٌ كانت ناقةً ، أو بقَرَةً ، أو شاةً) إذا رَدَّ المُصَرَّاةَ لَزِمَه ردٌّ[1] بَدَلِ اللَّبَنِ ، فى قولِ كُلِّ مَنْ جَوَّزَ رَدَّها ، وهو مُقَدَّرٌ بصَاعٍ مِن تَمْرٍ ، كما جاءَ فى الحَدِيثِ . وهذا قَوْلُ اللَّيْثِ ، وإسحاقَ ، والشّافِعِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وذَهَبَ مالِكٌ ، وبعضُ الشافِعِيَّةِ إلى أنَّ الواجِبَ صاعٌ مِن قُوتِ البَلَدِ ؛ لأنَّ فى بعضِ الحديثِ[2] : « ورَدَّ مَعَها صَاعًا مِنْ طَعامٍ » . وفى بَعْضِها : « ورَدَّ مَعَها مِثْلَ أو مِثْلَى لَبَنِها قَمْحًا » . فجَمَعَ بين الأَحَادِيثِ ، وجَعَلَ تَنْصِيصَه على التَّمْرِ لأَنَّه غالِبُ قُوتِ البَلَدِ فى المَدِينَةِ ، [٢٦٩/٣ظ] [3]ونصَّ على القَمْحِ[3] ؛ لأَنَّه غالِبُ قوتِ بلَدٍ آخَرَ . وقال أبو يُوسُفَ : يَرُدُّ قِيمَةَ اللَّبَنِ ؛ لأَنَّه ضَمانُ مُتْلَفٍ ، فيُقَدَّرُ بقِيمَتِه ، كسائِرِ المُتْلَفاتِ . وحُكِىَ ذلك عن ابنِ أبى لَيْلَى . وحُكِىَ عن زُفَرَ ، أنّه يَرُدُّ صَاعًا مِن تَمْرٍ أو نِصْفَ صاعِ بُرٍّ ، كقَوْلِهم فى الفِطْرَةِ . ولَنا ، الحَدِيثُ الصَّحِيحُ الذى أَوْرَدْنَاهُ ، وقد نَصّ فيه على التَّمْرِ فقال : « إنْ شاءَ رَدَّهَا وصَاعًا مِن تَمْرٍ » . وللبُخَارِىِّ : « مَن اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَها ، فإنْ رَضِيَها أَمْسَكَها ،

الإنصاف مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : يُجْزِئُ القَمْحُ أيضًا . اخْتارَه الشِّيرَازِىُّ ؛ لحَديثٍ رَواه البَيْهَقِىُّ[4] . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يُعْتَبَرُ فى كلِّ بَلَدٍ

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « الأحاديث » .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(٤) فى : باب الحكم فيمن اشترى مصراة ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/ ٣١٩ .

الشرح الكبير

وإنْ سَخِطَها ففى حَلْبِها صاعٌ مِن تَمْرٍ » . ولمُسْلِمٍ : « رَدَّهَا وردَّ صَاعًا مِن تَمْرٍ ، لا سَمْرَاءَ »[1] . يَعْنِى لا يَرُدُّ قمْحًا . والمرادُ بالطَّعامِ فى الحَدِيثِ التَّمْرُ ؛ لأنَّه مُطْلَقٌ فى أحَدِ الحَدِيثَيْنِ ، مُقيَّدٌ فى الآخَرِ ، فى قَضِيَّةٍ واحِدَةٍ ، والمُطْلَقُ فيما هذا سَبِيلُه يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ . وحَدِيثُ ابنِ عمرَ فى رُواتِه[2] جُمَيْعُ بنُ عُمَيْرٍ التَّيْمِىُّ . قال ابنُ نُمَيْرٍ : هو مِن أكْذَبِ النّاسِ . وقال ابنُ حِبّانَ : كان يَضَعُ الحَدِيثَ . مع أنَّ الحَدِيثَ مَتْرُوكُ الظَّاهِرِ بالاتِّفاقِ ، إذْ لا قائِلَ بإيجابِ مثلِ لَبَنِها ، أو مِثْلَى لَبَنِها قَمْحًا ، ثم قد شَكَّ فيه الرَّاوِى ، مع مُخَالَفَةِ الحَدِيثِ الصَّحِيحِ ، فلا يُعَوَّلُ عليه . وقِياسُ أبى يُوسُفَ مُخالِفٌ للنَّصِّ ، فلا يُقْبَلُ . ولا يَبْعُدُ أنْ يُقدِّرَ الشارِعُ بَدَلَ هذا المُتْلَفِ ، قَطْعًا للخُصُومَةِ والتَّنَازُعِ ، كما قَدَّرَ دِيَةَ الآدَمِىِّ ودِيَةَ أطْرَافِه . ولا يُمْكِنُ حَمْلُ الحَدِيثِ على أنَّ الصّاعَ كان قِيمَةَ اللَّبَنِ فلذلك أوْجَبَه ؛ لوُجُوهٍ ثَلاثَةٍ ؛ أحدُها ، أنَّ القِيمَةَ هى الأثْمانُ لا التَّمْرُ . الثانِى ،

الإنصاف

صاعٌ مِن غالبِ قُوتِه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، علَّل أبو بَكْرٍ وُجوبَ الصَّاعِ بأنَّ لَبَنَ التَّصْرِيَةِ اخْتَلطَ بلَبَنٍ حدَث فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فلمَّا لم يتَمَيَّزْ ، قطَع عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، المُشاجَرَةَ بينَهما بإيجابِ صاعٍ . الثَّانيةُ ، لو اشْتَرَى أكثرَ مِن مُصَرَّاةٍ ، رَدَّ مع كلِّ واحدٍ صاعًا . صرَّح به فى « الفائقِ » وغيرِه . قلتُ : وهو داخِلٌ فى عُمومِ كلامِهم .

---

(١) تقدم تخريجه برواياته فى صفحة ٣٤٧ .

(٢) فى م : « روايته » .

الشرح الكبير

أنه أوْجَبَ فى المُصَرَّاةِ مِن الإبلِ والغَنَمِ جَمِيعًا صاعًا مِن تَمْرٍ مع اخْتِلافِ لَبَنِها . الثالثُ ، أنّ لَفْظَه للعُمُومِ ، فيَتَناوَلُ كُلَّ مُصَرَّاةٍ ، ولا يَتَّفِقُ أنْ تكونَ قِيمَةُ لَبَنِ كُلِّ مُصَرَّاةٍ صاعًا ، وإنْ أمْكَنَ أنْ يكونَ كذلك ، فيَتَعَيَّنُ إيجابُ الصاعِ ؛ لأنَّه القِيمَةُ التى عَيَّنَ الشارِعُ إيجابَها فلا يَجُوزُ العُدُولُ عنها . ويَجِبُ أنْ يكونَ صاعُ التَّمْرِ جَيِّدًا غيرَ مَعِيبٍ ؛ لأنَّهُ واجِبٌ بإطْلاقِ الشارِعِ ، فيَنْصَرِفُ إلى مَا ذَكَرْنَاه ، كالصّاعِ الواجِبِ فى الفِطْرَةِ . ويَكْفِى فيه أدْنَى ما يَقَعُ عليه اسمُ الجَيِّدِ . ولا فَرْقَ بين أنْ تكونَ قِيمَةُ التَّمْرِ أقَلَّ مِن قِيمَةِ الشاةِ أو أكْثَرَ أو مِثْلَها . نَصَّ عليه . وليس فيه جَمْعٌ بين البَدَلِ والمُبْدَلِ ؛ لأَنَّ التَّمْرَ بَدَلُ اللَّبَنِ ، قَدَّرَهُ الشَّارِعُ به ، كما قَدَّرَ فى يَدَىِ العَبْدِ قِيمَتَه ، وفى يَدَيْهِ ورِجْلَيْهِ قِيمَتَه مَرَّتَيْنِ ، مع بقاءِ العَبْدِ على مِلْكِ السَّيِّدِ . وإنْ عَدِمَ التَّمْرَ فى مَوْضِعِه ، فعَلَيْه قِيمَتَه فى مَوْضِعِ العَقْدِ ؛ لأنه بمَنْزِلَةِ عَيْنٍ أتْلَفَها ، فَيَجِبُ عليه قِيمَتُها .

فصل : ولا فَرْقَ بينَ النَّاقَةِ والبَقَرَةِ والشَّاةِ فيما ذَكَرْنا . وقال داودُ : لا يَثْبُتُ الخِيارُ بتَصْرِيَةِ البَقَرَةِ ؛ لأَنَّ الحَدِيثَ : « لا تُصَرُّوا الإبِلَ والغَنَمَ » . فَدَلَّ على أنَّ ما عَداهُما بخِلافِهما ، ولأَنَّ الحُكْمَ ثَبَتَ فيهما بالنَّصِّ ، والقِياسُ لا تَثْبُتُ به الأحْكَامُ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه : « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً » . و « مَنِ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً »[1] . ولم يُفَصِّلْ . والخَبَرُ [٣/٢٧٠و]

الإنصاف

تنبيه : قوله : فإنْ لم يجدِ التَّمْرَ ، فقِيمَتُه فى مَوْضِعِه . أىْ فى مَوْضِعِ العَقْدِ .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

المقنع

فَإِنْ كَانَ اللَّبَنُ بِحَالِهِ لَمْ يَتَغَيَّرْ ، رَدَّهُ ، وَأَجْزَأَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُجْزِئَهُ إِلَّا التَّمْرُ .

الشرح الكبير

فيه تَنْبِيهٌ على تَصْرِيَةِ البَقَرِ ؛ لأَنَّ لَبَنَها أكثرُ وأَنْفَعُ ، فيَثْبُتُ بالتَّنْبِيهِ ، وهو حُجَّةٌ عندَ الجَمِيعِ .

فصل : إذا اشْتَرَى مُصَرَّاتَيْنِ أو أكثرَ فى عَقْدٍ ، فرَدَّهُنَّ ، رَدَّ مع كُلِّ مُصَرَّاةٍ صَاعًا . وبه قال الشافعيُّ ، وبعضُ المالِكِيَّةِ . وقال بعضُهم : فى الجميعِ صَاعٌ ؛ لأَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنِ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَها ، فإنْ رَضِيَها أَمْسَكَها ، وإنْ سَخِطَهَا ففى حَلْبَتِها صاعٌ مِن تَمْرٍ » . ولَنا ، قولُه : « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً » . وهذا يَتَناوَلُ الواحِدَةَ . ولأَنَّ ما جُعِلَ عِوَضًا عن شىءٍ فى صَفْقَتَيْنِ ، وَجَبَ إذا كان فى صَفْقَةٍ واحِدَةٍ ، كأَرْشِ العَيْبِ . وأمّا الحَدِيثُ ، فإنَّ الضَّمِيرَ فيه يَعُودُ إلى الواحِدَةِ .

١٦٢٤ – مسألة : (فإن كانَ اللَّبَنُ بحَالِه لم يَتَغَيَّرْ ، رَدَّه ، وأَجْزَأَه . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُجْزِئَه إلَّا التَّمْرُ) إذا احْتَلَبَها ، وتَرَكَ[1] اللَّبَنَ بحَالِه ، ثم

الإنصاف

صرَّح به الأصحابُ ، ولو زادَتْ على قِيمَةِ المُصَرَّاةِ . نصَّ عليه أحمدُ .

قوله : فإنْ كان اللَّبَنُ بحالِه لم يتَغَيَّرْ ، رَدَّه وأَجْزَأَه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ونصَرَه الشَّارِحُ وغيرُه . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . قال القاضى : الأَشْبَهُ أنَّه يَلْزَمُ البائعَ قَبُولُه . قال فى

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

رَدَّها مع لَبَنِها ، فلا شيءَ عليه ؛ لأَنَّ المَبِيعَ إذا كان مَوْجُودًا فَرَدَّه ، لم يَلْزَمْه بَدَلُه . فإن أبى البائِعُ قَبُولَه وطَلَبَ التَّمْرَ ، فليس له ذلك إذا كان اللَّبَنُ لم يَتَغَيَّرْ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه قَبُولُه ؛ لظَاهِرِ الخَبَرِ ، ولأنّه قد نَقَصَ بالحَلْبِ ؛ لأَنَّ كونَه فى الضَّرْعِ أَحْفَظُ له . ولَنا ، أنّه قَدَرَ على رَدِّ المُبْدَلِ ، فلم يَلْزَمْهُ البَدَلُ ، كَسَائِرِ المُبْدَلَاتِ مع أَبْدَالِها . والحَدِيثُ ، المرادُ به رَدُّ التَّمْرِ حالَةَ عَدَمِ اللَّبَنِ ؛ لقَوْلِه : « ففى حَلْبَتِها صَاعٌ مِن تَمْرٍ » . وقَوْلُهم : الضَّرْعُ أَحْفَظُ له . لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُ إبْقاؤُه فى الضَّرْعِ على الدَّوَامِ ، لأَنَّه يَضُرُّ بالحَيَوانِ . فإن تَغَيَّرَ اللَّبَنُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَلْزَمُه قَبُولُه . وهو قَوْلُ مالِكٍ ؛ للخَبَرِ . ولأَنَّه قد نَقَصَ بالحُمُوضَةِ ، أَشْبَهَ تَلَفَه . والثانى ، يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأَنَّ النَّقْصَ[1] حَصَلَ باسْتِعلام المَبيعِ ، بتَغْرِيرِ[2] البائِعِ ، وتَسْلِيطِه على حَلْبِه ، فلم يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كلَبَنِ غيرِ المُصَرَّاةِ .

فصل : فإنْ رَضِىَ بالتَّصْرِيَةِ فَأَمْسَكَها ، ثم وَجَدَ بها عَيْبًا ، رَدَّها به ؛

الإنصاف

« الرِّعايَةِ الكُبْرى » : لَزِمَ البائِعَ قَبُولُه فى الأَقْيَسِ . واقْتصرَ عليه . ويَحْتَمِلُ أنْ لايُجْزِئَه إلَّا التَّمْرُ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . وصحَّحَه فى « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . ويشْمَلُه كلامُ الخِرَقِىِّ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم .

---

(١) فى م : « التعهد » .

(٢) فى الأصل ، ق : « بتغيير » وفى م : « بتعين » .

الشرح الكبير

لأنَّ رِضَاهُ بِعَيْبٍ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ لِعَيْبٍ آخَرَ ، كما لو اشْتَرَى أعْرَجَ فَرَضِيَ به ، فَوَجَدَه أبْرَصَ . فإنْ رَدَّ ، لَزِمَهُ صاعٌ مِن تَمْرٍ ، عِوَضَ اللَّبَنِ ؛ لأنه عِوَضٌ له فيما إذا رَدَّها بالتَّصْرِيَةِ ، فيكونُ عِوَضًا له مُطْلَقًا .

فصل : ولو اشْتَرَى شاةً غيرَ مُصَرَّاةٍ فاحْتَلَبَها ، ثم وَجَد بها عَيْبًا ، فله الرَّدُّ . ثم إنْ لم يكنْ فى ضَرْعِها لَبَنٌ حالَ العَقْدِ ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّ اللَّبَنَ الحادِثَ بعدَ العَقْدِ يَحْدُثُ على مِلْكِه . وإنْ كان فيه لَبَنٌ حالَ العَقْدِ ، إلَّا أنَّه يَسِيرٌ لا يَخْلُو الضَّرْعُ مِن مِثْلِه عادَةً ، فلا شيءَ فيه ؛ لأنَّه لا عِبْرَةَ به ، ولا قِيمَةَ له فى العادَةِ . وإنْ كان كَثِيرًا ، وكان قائمًا بحالِه ، انْبَنَى رَدُّه على رَدِّ لَبَنِ المُصَرَّاةِ ، وقد سَبَقَ . فإنْ قُلْنا : ليس له رَدُّه . فَبَقاؤُه كتَلَفِه . وهل له رَدُّ المَبِيعِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ فيما إذا اشْتَرى شَيْئًا ، فتَلِفَ بَعْضُه أو تَعَيَّبَ ، إنْ قُلْنا بِرَدِّه ، رَدَّ مثلَ اللَّبَنِ ؛ لأنَّه مِن المِثْلِيّاتِ ، والأَصْلُ ضَمانُها بمِثْلِها ، إلَّا أنَّه خُولِفَ فى لَبَنِ المُصَرَّاةِ للنَّصِّ ، ففيما عَداه يَبْقَى على الأَصْلِ . ولأَصْحابِ الشافعيِّ فى هذا الفَصْلِ نحوٌ ممّا ذَكَرْنا .

فصل : قال ابنُ عَقِيلٍ : إذا عَلِمَ التَّصْرِيَةَ قبلَ حَلْبِها ، مثلَ أن أقَرَّ به البائِعُ ، أو شَهِدَ به مَن تُقْبَلُ شهادَتُه ، فله رَدُّها ، ولا شيءَ [٣/٢٧٠ ظ] معها ؛ لأنَّ التَّمْرَ إنَّما وَجَبَ بَدَلًا للَّبَنِ المُحْتَلَبِ ، ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ قال :

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، مفْهومُ قولِه : لم يتَغَيَّرْ ، رَدَّه . أنَّه إذا تَغَيَّرَ لا يلْزَمُ البائعَ قَبُولُه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم . وقيل : يُجْزِئُه رَدُّه . ويَلْزَمُ البائعَ قَبُولُه . اخْتارَه القاضى . الثَّانى ، لو عَلِمَ التَّصْرِيَةَ قبلَ الحَلْبِ ، فرَدَّها قبلَ حَلْبِها ، لم يَلْزَمْه شيءٌ .

المقنع وَمَتَى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، فَلَهُ الرَّدُّ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَيْسَ لَهُ رَدُّهَا إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثٍ .

الشرح الكبير « مَنِ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً ، فاحْتَلَبَها ، فإنْ رَضِيَها أَمْسَكَها ، وإنْ سَخِطَها ، ففى حَلْبَتِها صاعٌ مِن تَمْرٍ »[1] . ولم يَأْخُذْ لها هٰهنا لَبَنًا ، فلم يَلْزَمْه رَدُّ شَىْءٍ معها . وهذا قَوْلُ مالِكٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[2] : هذا ممّا لا خِلافَ فيه .

١٦٢٥ - مسألة : (ومَتَى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، فله الرَّدُّ . وقال القاضِى : ليس له رَدُّها إلَّا بعدَ ثَلاثٍ) اخْتَلَفَ أصْحابُنا فى مُدَّةِ الخِيارِ . فقال القاضِى : هو مُقَدَّرٌ بثَلاثَةِ أيَّامٍ ، ليس له الرَّدُّ قبلَ مُضِيِّها ، ولا إمْساكُها بعدَها ، فإنْ أمْسَكَها بعدَها سَقَطَ الرَّدُّ . قال : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ،

الإنصاف قوله : ومتى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، فله الرَّدُّ . فظاهِرُه [٢/٧٨ظ] ، أنَّه سواءٌ كان قبلَ مُضِىِّ ثَلاثَةِ أيَّامٍ ، أو بعدَها ما لم يَرْضَ ، كَسائرِ التَّدْليسِ . وهذا قوْلُ أبى الخَطَّابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا القِياسُ . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : هذا أقْيَسُ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : ويَتَخرَّجُ مِن قَوْلِ أبى الخَطَّابِ قَوْلٌ آخَرُ ، أنَّ الخِيارَ على الفَوْرِ ، كالعُيوبِ ؛ لأنَّ فيها قوْلًا كذلك . انتهى . وقال القاضى : ليس له رَدُّها إلَّا بعدَ ثَلاثٍ مُنْذُ عَلِمَ ، ويكونُ على الفَوْرِ بعدَها . وهذا ظاهرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحَه فى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ .
(٢) الاستذكار ٢١/٨٩ .

الشرح الكبير

وقولُ بَعْضِ أصْحابِ الشّافِعِيِّ ؛ لأَنَّ أبا هُرَيْرَةَ رَوَى أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فهو فيها بالخِيارِ ثَلاثَةَ أيّامٍ ، إنْ شاءَ أمْسَكَها ، وإنْ شاءَ رَدَّها ورَدَّ مَعَها صاعًا مِنْ تَمْرٍ » . رَواهُ مُسْلِمٌ[1] . قالُوا : هذه الثّلاثَةُ قَدَّرَها الشارِعُ لمَعْرِفَةِ التَّصْرِيَةِ ، فإنَّها لا تُعْرَفُ قبلَ مُضِيِّها ؛ لأَنَّ لَبَنَها فى أوَّلِ يومٍ لَبَنُ التَّصْرِيَةِ ، وفى الثانِى ، يجُوزُ أنْ يكونَ نَقَصَ لتَغَيُّرِ المَكانِ ، واخْتِلافِ العَلَفِ ، وكذلك الثالِثُ ، فإذا مَضَتِ

الإنصاف

« الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وقال فيهما : إذا لم يتَبَيَّنِ التَّصْرِيَةَ إلَّا بعدَ ثَلاثٍ ، فوَجْهان ؛ أحدُهما ، يَثْبُتُ الرَّدُّ عندَ تَبَيُّنِ التَّصْرِيَةِ . والآخَرُ ، تكونُ مُدَّةُ الخِيارِ ثلاثًا . انتهى . قلتُ : الذى يَظْهَرُ مِن تَعْلِيلِهم لكلامِ القاضى ، أنَّه إذا لم يَعْلَمْ إلَّا بعدَ ثَلاثٍ ، أنَّ خِيارَه يكونُ على الفَوْرِ . وظاهِرُ كلامِ ابنِ أبِى مُوسى ، أنَّه متى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، ثَبَتَ له الخِيارُ فى الأيَّامِ الثَّلاثَةِ إلى تَمامِها . قالَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ عنه . وقال فى « الكافِى » : وقال ابنُ أبِى مُوسى : إذا عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، فله الخِيارُ إلى تَمامِ ثَلاثَةِ أيَّامٍ مِن حينِ البَيْعِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . لكِنْ قال الزَّرْكَشِىُّ : ولا عِبْرَةَ بما أوْهَمَه كلامُ أبى محمدٍ فى « الكافِى » ، أنَّ ابْتِداءَ الثَّلاثَةِ ، على قَوْلِ ابنِ أبِى مُوسى ، مِن حينِ البَيْعِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » . واعلَمْ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّه متى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، يُخَيَّرُ ثَلاثَةَ أيَّامٍ مُنْذُ عَلِمَ . جزَم به فى « المُجَرَّدِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ،

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ .

الشرح الكبير

الثّلاثُ اسْتَبَانَتِ التَّصْرِيَةُ ، وثَبَتَ الخِيارُ على الفَوْرِ ، ولا يَثْبُتُ قبلَ انْقِضَائِها . وقال أبو الخَطَّاب : متى تَبَيَّنَتِ التَّصْرِيَةُ جازَ له الرَّدُّ ، قبلَ الثَّلاثِ وبعدَها ؛ لأنَّه تَدْلِيسٌ يُثْبِتُ الخِيارَ ، فملَكَ الرَّدَّ به إذا ظَهَرَ ، كسائِرِ التَّدْلِيسِ . وهو قَوْلُ بعضِ المَدَنِيِّينَ(1) . فعلى هذا ، فائِدَةُ التَّقْدِيرِ فى الخبرِ بالثَّلاثِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه لا يَحْصُلُ العِلْمُ إلَّا بها ، فاعْتَبَرَها لحُصُولِ العِلْمِ ظاهِرًا ، فإنْ حَصَلَ العِلْمُ بها أو لم يَحْصُلْ ، فالاعْتِبارُ به دُونَها ، كما فى سائِرِ التَّدْلِيسِ . وظاهِرُ قولِ ابنِ أبى مُوسَى ، أنَّه مَتَى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ثَبَتَ له الخِيارُ فى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ إلى تَمامِها . وهو قَوْلُ ابنِ المُنْذِرِ ، وأبى حامِدٍ مِن الشّافِعِيَّةِ ، وحَكاهُ عن الشّافِعِىِّ ؛ لظاهِرِ حَدِيثِ أبى هُرَيْرَةَ ،

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والعَمَلُ بالخَبَرِ أَوْلَى . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا ظاهِرُ الحديثِ ، وعليه المُعْتَمَدُ . ويَحْتَمِلُه كلامُ ابنِ أبى مُوسى ، والفَرْقُ بينَ هذا وبينَ قَوْلِ القاضى ، أنَّ الخِيَرَةَ ، على قَوْلِ القاضى ، تكونُ بعدَ الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ ، ويكونُ هذا على الفَوْرِ . وعلى المذهبِ ، تكونُ الخِيَرَةُ فى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ .

تنبيه : ظاهِرُ قولِه : فله الرَّدُّ . أنَّه ليس له سِوَاه ، أوِ الإِمْساكُ مجَّانًا . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَشْهُورُ عندَ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و غيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُخَيَّرُ بينَ الإِمْساكِ مع الأَرْشِ وبينَ

---

(1) فى م : « المدلسين » .

المقنع

وَإِنْ صَارَ لَبَنُهَا عَادَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ فِى قِيَاسِ قَوْلِهِ : وَإِذَا اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ، لَمْ يَمْلِكِ الرَّدَّ .

الشرح الكبير

فإنَّه يَقْتَضِى ثُبُوتَ الخِيارِ فى الأَيَّامِ الثَّلاثَةِ كُلِّها . وقَوْلُ القاضِى لا يَثْبُتُ فى شىءٍ منها ، وقولُ أبى الخَطَّابِ يُسَوِّى بَيْنَها وبينَ غَيْرِها . والعَمَلُ بالخَبَرِ أَوْلَى ، والقِياسُ ما قاله أبو الخَطَّابِ ، قِياسًا على سائِرِ التَّدْلِيسِ .

١٦٢٦ – مسألة : (وإنْ صارَ لَبَنُها عادةً ، لم يَكُنْ له الرَّدُّ فى قِياسِ قَوْلِه : إذا اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَها الزَّوْجُ ، لم يَمْلِكِ الرَّدَّ) وقال أصحابُ الشَّافِعِىِّ : له الرَّدُّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ للخَبَرِ ، ولأَنَّ التَّدْلِيسَ

الإنصاف

الرَّدُّ . وجزَم به أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، و « المُبْهِجِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . ومالَ إليه صاحِبُ « الرَّوْضَةِ » ، ونقَلَه ابنُ هانِئٍ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، فى التَّصْرِيَةِ ؛ لأنَّهما حكَيَاه عن أبى بَكْرٍ ، واقْتَصَرا عليه ، وقدَّماه فى غيرِ التَّصْرِيَةِ ، لكنْ قالا : ظاهرُ كلامِ غيرِ أبى بَكْرٍ مِن أصحابِنا ، أنَّه ليس له إلَّا الرَّدُّ أو الإمْساكُ لا غيرُ .

قوله : وإنْ صار لَبَنُها عادةً ، لم يكنْ له الرَّدُّ فى قياسِ قولِه : إذا اشْتَرَى أَمَةً مُزَوَّجَةً فطَلَّقَها الزَّوْجُ ، لم يَمْلِكِ الرَّدَّ . اعلمْ أنَّه إذا صارَ لَبَنُها عادةً ، لم يَكُنْ له الرَّدُّ . جزَم به كلُّ مَن ذكَرَها . وأمَّا إذا اشْتَرى أمَةً مُزَوَّجَةً ، فطَلَّقَها الزَّوْجُ ، وهو الأصْلُ المَقِيسُ عليه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا خِيارَ للمُشْتَرِى . نصَّ عليه . قال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصُولِ » : بشَرْطِ أنْ لا يكونَ طَلاقُها رَجْعِيًّا . قلتُ : لعَلَّه مُرادُ النَّصِّ ، والمذهبُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ أيضًا : فى طَلاقٍ بائنٍ فيه عِدَّةٌ ،

المقنع

وَإِنْ كَانَتِ التَّصْرِيَةُ فِى غَيْرِ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، فَلَا رَدَّ لَهُ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ ، لَهُ الرَّدُّ وَلَا يَلْزَمُهُ بَدَلُ اللَّبَنِ .

الشرح الكبير

كان مَوْجُودًا[1] حالَ العَقْدِ ، فأَثْبَتَ الرَّدَّ ، كما لو نَقَصَ اللَّبَنُ . ولَنا ، أنَّ الرَّدَّ جُعِلَ لدَفْعِ الضَّرَرِ بنَقْصِ الثَّمَنِ ، ولم يُوجَدْ ، فامْتَنَعَ الرَّدُّ ، ولأنَّ العَيْبَ لم يُوجَدْ ، ولم تَخْتَلِفْ صِفَةُ المَبِيعِ[2] عن حالَةِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتِ التَّدْلِيسُ ، ولأنَّ الخِيارَ ثَبَتَ لدَفْعِ الضَّرَرِ ، ولا ضَرَرَ .

١٦٢٧ – مسألة : (وإنْ كانتِ التَّصْرِيَةُ فى غيرِ بَهِيمَةِ الأَنْعامِ) كالأَمَةِ ، والأَتَانِ ، والفَرَسِ ، ثَبَتَ له الخِيارُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ .

الإنصاف

احْتِمالان . قلتُ : الذى يَظْهَرُ ، إنْ كانتِ العِدَّةُ بقَدْرِ الاسْتِبْراءِ ، أنَّه لا خِيارَ له . وقال فى « الرِّعايَةِ » مِن عندِه : إنِ اشْتَرَى مُعْتَدَّةً مِن طَلاقٍ أو مَوْتٍ جاهِلًا ذلك ، فله رَدُّها أو الأَرْشُ .

تنبيه : قوْلُه : فطَلَّقَها الزَّوْجُ . هكذا أطْلَقَ أكثرُ الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : فلو طُلِّقَتْ قبلَ عِلْمِه ، زالَ . نصَّ عليه . فقَيَّدَ الطَّلاقَ بعَدَمِ العِلْمِ . قال شيْخُنا : والأوَّلُ أظْهَرُ .

فائدة : لوِ اشْتَراها ولم يعْلَمْ بكَوْنِها مُزَوَّجَةً ، خُيِّرَ بينَ الرَّدِّ أو الإِمْساكِ مع الأَرْشِ ، وإنْ كان عالِمًا ، فلا خِيارَ له ، وليس له مَنْعُ زَوْجِها مِن وَطْئِها بحالٍ .

قوله : وإنْ كانَتِ التَّصْرِيَةُ فى غيرِ بهيمَةِ الأنعامِ ، فلا رَدَّ له فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

---

(١) بعده فى م : « فى » .

(٢) فى م : « البيع » .

الشرح الكبير

[٢٧١/٣و] اخْتَارَهُ ابنُ عَقِيلٍ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِه ﷺ : « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً » . ولأنَّه تَصْرِيَةٌ بما يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كتَصْرِيَةِ بَهِيمَةِ الأنْعامِ ؛ لأنَّ الآدَمِيَّةَ تُرادُ للرَّضاعِ ، ويُرْغَبُ فيها ظِئْرًا ، ولذلك لو اشْتَرَطَ كَثْرَةَ لَبَنِها ، فبانَ بخِلافِه ، مَلَكَ الفَسْخَ . (١)ولَبَنُ الأتانِ(١) والفَرَسِ يُرادُ لوَلَدِهما(٢) . والثانى ، لا يَثْبُتُ به الخِيارُ ؛ لأنَّ لَبَنَها لا يُعْتاضُ عنه فى العَادَةِ ، ولا يُقْصَدُ ، كَلَبَنِ بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، والخَبَرُ وَرَدَ فى بَهِيمَةِ الأنْعامِ ، ولا يَصِحُّ القِياسُ عليه ؛ لذلك .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ؛ أحدُهما ، لارَدَّ له . وهو ظاهِرُ « الوَجيزِ » . قال ابنُ البَنَّا ، تبَعًا لشَيْخِه القاضى : هذا قياسُ المذهبِ . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : هذا أقْيَسُ . والوَجْهُ الثَّانى : له الرَّدُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، [٢/ ٧٩و] و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . واخْتارَه ابنُ عَقيلٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » .

قوله : ولا يَلْزَمُه بَدَلُ اللَّبَنِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم ، وقالُوا فى تَعْليِله : لأنَّه لا يُعْتاضُ عنه فى العادَةِ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قالُوا : وليس بمَانِعٍ . انتهى . وقيل : إنْ جازَ بَيْعُ لَبَنِ الأمَةِ ، غَرِمَه . ذكَرَه

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ق ، م .

(٢) فى الأصل ، ق ، م : « لولدها » .

المقنع وَلَا يَحِلُّ لِلْبَائِعِ تَدْلِيسُ سِلْعَتِهِ ، وَلَا كِتْمَانُ عَيْبِهَا .

الشرح الكبير واللَّفْظُ العامُّ أُرِيدَ به الخاصُّ ؛ لأنَّه أمَرَ فى رَدِّها بصاعٍ مِن تَمْرٍ ، ولا يَجِبُ فى لَبَنِ غَيْرِها . ولأنَّه وَرَدَ عامًّا وخاصًّا فى قَضِيَّةٍ واحِدَةٍ ، فيُحْمَلُ العامُّ على الخاصِّ . فإنْ قُلْنا بِرَدِّها ، لم يَلْزَمْه بَدَلُ[1] لَبَنِها ، ولا يَرُدُّ معها شَيْئًا ؛ لأنَّ هذا اللَّبَنَ لا يُبَاعُ عادَةً ، ولا يُعاوَضُ[2] عنه .

١٦٢٨ - مسألة : (ولا يَحِلُّ للبائعِ تَدْلِيسُ سِلْعَتِه ، ولا كِتْمانُ عَيْبِها) لقَوْلِه عليه السلامُ : « مَنْ غَشَّنَا فليس مِنّا »[3] . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وقال عليه الصلاةُ والسلامُ : « المُسْلِمُ أخُو المُسْلِمِ ، لا يَحِلُّ لمُسْلِمٍ باعَ من أخِيهِ بَيْعًا إلَّا بَيَّنَه » . رَواهُ ابنُ

الإنصاف فى « الرِّعايَةِ » . قلتُ : ويُخَرَّجُ عليه غيرُه ، بل أوْلَى .

قوله : ولا يحِلُّ للبائعِ تَدْلِيسُ سِلْعَتِه ، ولا كِتْمانُ عَيْبِها . أمَّا التَّدْليسُ ، فحَرامٌ بلا نِزاعٍ . وأمَّا كِتْمانُ العَيْبِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه حرامٌ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وهو الصَّوابُ ، وذكَرَه التِّرْمِذِىُّ عن العُلَماءِ ، وذكَر أبو الخَطَّابِ ، أنَّه يُكْرَهُ . قال فى « التَّبْصِرَةِ » : الكَراهَةُ نَصَّ عليها أحمدُ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، لكِن اخْتارَ الأوَّلَ . قال فى « التَّلْخيصِ » : والمَشْهُورُ صِحَّةُ البَيْعِ مع الكَراهَةِ . انتهى . قلتُ : الذى يظْهَرُ أنَّ مُرادَ الإمامِ أحمدَ بالكَراهَةِ ، التَّحْريمُ .

(١) فى م : « بذل » .

(٢) فى الأصل ، ق ، م : « يعتاض » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٤ .

المقنع

فَإِنْ فَعَلَ ،فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ . وَقَالَ أَبو بَكْرٍ : إِنْ دَلَّسَ الْعَيْبَ ،فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . قِيلَ لَهُ : فَمَا تَقُولُ فِى التَّصْرِيَةِ ؟ فَلَمْ يَذْكُرْ جَوَابًا .

الشرح الكبير

ماجَه[1] . (فإنْ فَعَلَ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ) فى قولِ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ ، بدَلِيلِ حَدِيثِ التَّصْرِيَةِ ، فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ صَحَّحَه مع نَهْيِه عنه . (وقال أبو بكرٍ : إنْ دَلَّسَ العَيْبَ ، فالبَيْعُ باطِلٌ) لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفسادَ . (فقيلَ له : ما تقولُ فى التَّصْرِيَةِ ؟ فلم يَذْكُرْ جوابًا) فدَلَّ على رُجُوعِه .

الإنصاف

قوله : فإنْ فعَلَ ، فالبَيْعُ صَحيحٌ . يعْنِى إذا كتَم العَيْبَ أو دَلَّسَه وباعَه . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، لا يصِحُّ . نقَل حَنْبَلٌ ، بَيْعُه مَرْدُودٌ . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال فى « الحاوِى الكَبِيرِ » : وهو ظاهِرُ مَنْصُوصِ أحمدَ . ورِوايَةُ حَنْبَلٍ ، إذا دلَّسَ البائعُ العَيْبَ وباعَ ، فتَلِفَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى بغيرِ فِعْلِه ، فإنَّه يَرْجِعُ على البائعِ بجَمِيعِ الثَّمَنِ . وقولُه : وقال أبو بَكْرٍ : إنْ دلَّسَ العَيْبَ ، فالبَيْعُ باطِلٌ . قيل له : فما تقولُ فى المُصَرَّاةِ ؟ فلم يذْكُرْ جوابًا . قال الشّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : فدَلَّ على رُجُوعِه . قلتُ : أكثرُ الأصحابِ يحْكِى أنَّ هذا اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ ، ولم يذْكُروا أنَّه رجَع .

فائدة : قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وكذا لو أعْلَمَه بالعَيْبِ ، ولم يعْلَما قَدْرَه ، فإنَّه يجُوزُ عِقابُه بإتْلافِه ، والتَّصَدُّقُ به إذا دَلَّسَه . وقال : أفْتَى به طائفةٌ مِن أصحابِنا .

---

[1] فى : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٥٥ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٥٨ .

المقنع

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، خِيَارُ الْعَيْبِ ؛ وَهُوَ النَّقْصُ ؛ كَالْمَرَضِ ، وَذَهَابِ جَارِحَةٍ [٩٨و] أَوْ سِنٍّ ، أَوْ زِيَادَتِهَا ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَعُيُوبُ الرَّقِيقِ مِنْ فِعْلِهِ ؛ كَالزِّنَا ، وَالسَّرِقَةِ ، وَالْإِبَاقِ ، وَالْبَوْلِ فِى الْفِرَاشِ إِذَا كَانَ مِنْ مُمَيِّزٍ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الخامِسُ ، خِيارُ العَيْبِ ؛ وهو النَّقْصُ ؛ كالمَرَضِ ، وذَهابِ جارِحَةٍ أو سِنٍّ ، أو زِيادَتِها ، ونحوِ ذلك . وعُيُوبُ الرَّقِيقِ مِن فِعْلِه ؛ كالزِّنا ، والسَّرِقَةِ ، والإِباقِ ، والبَوْلِ فى الفِراشِ إن كان مِن مُمَيِّزٍ) العُيُوبُ : النَّقائِصُ المُوجِبَةُ لنَقْصِ المالِيَّةِ فى عاداتِ التُّجّارِ ؛ لأنَّ المَبِيعَ إنَّما صارَ مَحَلًّا للعَقْدِ باعْتِبارِ صِفَةِ المالِيَّةِ ، فما يُوجِبُ نَقْصًا فيها يكونُ عَيْبًا ، والمَرْجِعُ فى ذلك إلى العادَةِ فى عُرْفِ التُّجّارِ .

الإنصاف

قوله : الخامِسُ ، خِيارُ العَيْبِ ؛ وهو النَّقْصُ . العَيْبُ ؛ هو ما يُنْقِصُ قِيمَةَ المَبِيعِ عادةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه : هو ما يُنْقِصُ قِيمَةَ المَبِيعِ نَقِيصَةً يقْتَضِى العُرْفُ سلامَةَ المَبِيعِ عنها غالبًا .

قوله : وعُيُوبُ الرَّقِيقِ مِن فِعْلِه ؛ كالزِّنا ، والسَّرِقَةِ ، والإِباقِ ، والبَوْلِ فى الفِراشِ . وكذا شُرْبُه الخَمْرَ والنَّبِيذَ إذا كان مِن مُمَيِّزٍ . نصَّ عليه . أناطَ المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، الحُكْمَ فى ذلك بالتَّمْييزِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ،

الشرح الكبير

فالعُيُوبُ فى الخِلْقَةِ ؛ كالجُنُونِ ، والجُذَامِ ، والبَرَصِ ، والصَّمَمِ ، والعَمَى ، والعَوَرِ ، والعَرَجِ ، والعَفَلِ[١] ، والقَرَنِ[٢] ، والفَتْقِ[٣] ، والرَّتَقِ[٤] ، والقَرَعِ ، والطَّرَشِ ، والخَرَسِ ، وسائرِ المَرَضِ ، والإِصْبَعِ الزائدَةِ والنَّاقِصَةِ ، والحَوَلِ ، والخَوَصِ[٥] ، والسَّبَلِ ؛ وهو زِيادَةٌ فى الأَجْفانِ ، والتَّخْنِيثِ ، وكونِه خُنْثَى ، والخِصاءِ ، والتَّزَوُّجِ فى الأَمَةِ ، والبَخَرِ[٦] فيها . وهذا كُلُّه قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشَّافِعِىِّ . قال ابنُ

الإنصاف

و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، و « إِدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . وزادَ بعضُهم ، فقال : إذا تكَرَّرَ . قال فى « الرِّعايَةِ » : وبوْلُه فى فِراشِه مِرارًا . والوَجْهُ الثَّانى ، يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ ذلك مِن ابنِ عشْرٍ فصاعِدًا . وهو المذهبُ . نصَّ عليه . وحمَل ابنُ مُنَجَّى كلامَ المُصَنِّفِ عليه ، مع أنَّ كلامَ مَن تقدَّم ذِكْرُه لا يَأْباه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « الكافِى » : فأمَّا العُيوبُ المَنْسُوبَةُ إلى فِعْلِه ، ككذا وكذا ، فإنْ كانتْ مِن مُمَيِّزٍ جاوزَ العَشْرَ ، فهى عَيْبٌ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : وزِنا مَن له عَشْرُ سِنِين ، أو أكثرُ . وقيل : إنْ دامَ

---

(١) العفل : شىء مدور يخرج فى فرج المرأة ، وفى الرجل ، شىء مدور كالبيضة ، يخرج فى الدُّبر .

(٢) القـرن : شبيه بالعفلة ، وقيل : هو كالنُّتوء فى الرحِم ، يكون فى النِّساء والشّاء والبقر . والقرن بالسكون اسم العفلة ، والقرن بالفتح ، اسم العيب . لسان العرب (ق ر ن) .

(٣) الفتق : بروز جزء من الأمعاء من فتحة فى جدار البطن .

(٤) الرَّتَـق : بالتحريك مصدر قولك : رتقت المرأةُ رتقا ، وهى رَتْقاء بينة الرتق : التصق ختانها فلم تُنل لارتتاق ذلك الموضع منها ، فهى لا يستطاع جماعها . لسان العرب (ر ت ق) .

(٥) الخوص : ضيقُ العين وصغرها وغئورها ، رجل أخوص بين الخوص ، أى غائر العين . لسان العرب (خ و ص) .

(٦) البخـر : الرائحة المتغيرة من الفم . لسان العرب (ب خ ر) .

الشرح الكبير

المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ فى الجارِيَةِ تُشْتَرَى ولها زَوْجٌ ، أنَّه عَيْبٌ . وكذلك الدَّيْنُ فى رَقَبَةِ العَبْدِ إذا كان السيِّدُ مُعْسِرًا ، والجِنايَةُ المُوجِبَةُ للقَوَدِ ؛ لأنَّ الرَّقَبَةَ صارَتْ كالمُسْتَحَقَّةِ ؛ لوُجُوبِ الدَّفْعِ فى الجنايَةِ ، والبَيْعِ فى الدَّيْنِ ، [٢٧١/٣ظ] ومُسْتَحَقَّةَ الإتْلافِ

الإنصاف

زِنا مُمَيِّزٍ ، أو سَرِقَتُه ، أو إباقُه ، أو شُرْبُه الخَمْرَ ، أو بَوْلُه فى فِراشِه . انتهى . وقال فى « الواضِحِ » : يُشْتَرطُ أنْ يكونَ بالِغًا . وقيل : يُشْتَرَطُ فى البَوْلِ أنْ يكونَ مِن كبيرٍ ، ويَتَكَرَّرُ . وشرَط النَّاظِمُ أنْ يكونَ مِن كبيرٍ ، ولم يذْكُرِ التَّكْرارَ .

قوله : كالمَرَضِ ، وذَهَابِ جارِحَةٍ ، أو سِنٍّ ، أو زِيادَتِها ، ونحوِ ذلك . كالخَصِيِّ ، ولو زادَتْ قِيمَتُه ، ولكِنْ يَفُوتُ به غرَضٌ صحيحٌ مُباحٌ ، والإصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، والعَمَى ، والعَوَرِ ، والحَوَلِ ، والخَوَصِ ، والسَّبَلِ ؛ وهو زِيادَةٌ فى الأجْفانِ ، والطَّرَشِ ، والخَرَسِ ، والصَّممِ ، والقَرَعِ[1] ، والبُهاقِ[2] ، والبَرَصِ ، والجُذامِ ، والفالِجِ[3] ، والكَلَفِ[4] ، والبَخَرِ ، والعَفَلِ ، والقَرَنِ ، والفَتْقِ ، والرَّتْقِ ، والاسْتِحاضَةِ ، والجُنُونِ ، والسُّعالِ ، والبَحَّةِ ، وكثْرَةِ الكَذِبِ ، والتَخْنِيثِ ، وكوْنِه خُنْثَى ، والثآليلِ[5] ، والبُثُورِ ، وآثارِ القُروحِ ، والجُروحِ ، والشِّجاجِ ، والجُدَرِىِّ[6] ، والحَفَرِ ؛ وهو وَسَخٌ يرْكَبُ أصُولَ

(١) زيادة من : ش .
(٢) البهاق : داء يذهب بلون الجلد فتظهر فيه بقع بيض .
(٣) الفالج : شلل يصيب أحد شقى الجسم طولًا .
(٤) الكلف : نمش يعلو الوجه كالسمسم .
(٥) الثؤلول : بثر صغير صلب مستدير ، يظهر على الجلد كالحمصة أو دونها .
(٦) الجُدَرى : ورم يأخذ فى الحلق . وخراج يكون فى البدن خلقة أو من الضرب .

الشرح الكبير

بالقِصَاصِ . والزِّنَى والبَخَرُ عَيْبٌ فى العَبْدِ والأَمَةِ . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : ليس بعَيْبٍ فى العَبْدِ ؛ لأنَّه لا يُرادُ للفِراشِ والاسْتِمْتاعِ به ، بخِلافِ الأَمَةِ . ولَنا ، أنَّ ذلك يَنْقُصُ قِيمَتَه ومالِيَّتَهُ ؛ فإنَّه بالزِّنى يَتَعَرَّضُ لإقامَةِ الحَدِّ عليه والتَّعْزِيرِ ، ولا يَأْمَنُهُ سَيِّدُه على عائِلَتِه ، والبَخَرُ يُؤْذِى سَيِّدَه ومَن جالَسَه أو سارَّه . والسَّرِقَةُ والإِباقُ والبَوْلُ فى الفِراشِ عُيُوبٌ فى الكَبِيرِ الذى جاوَزَ العشْرَ . وقال أصحابُ أبى حَنِيفَةَ : فى الذى يَأْكُلُ وَحْدَه ويَشْرَبُ وَحْدَه . وقال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ : ليس بعَيْبٍ حتى يَحْتَلِمَ ، لأنَّ الأَحْكامَ تَتَعَلَّقُ به ، مِن التَّكْلِيفِ ووُجُوبِ الحَدِّ ، فكذلك هذا . ولَنا ، أنَّ الصَّبِىَّ العاقِلَ يَتَحَرَّزُ مِن هذا عادَةً ، كتَحَرُّزِ الكَبِيرِ ، فوُجُودُه منه فى تلك الحالِ يَدُلُّ على أنَّ البَوْلَ لداءٍ فى باطِنِه[1] ، والسَّرِقَةَ والإِباقَ لخُبْثٍ فى طَبْعِه . وحَدُّ ذلك بالعَشْرِ ؛ لأَمْرِ النَّبِىِّ ﷺ بتَأْدِيبِ الصَّبِىِّ على تَرْكِ الصَّلَاةِ عندَها ، والتَّفْرِيقِ بينَهم فى المَضاجِعِ[2] . فأَمّا

الإنصاف

الأَسْنانِ ، والثُّلُومِ فيها ، وذَهابِ بعضِ أَسْنانِ الكبيرِ ، وهو مُرادُ المُصَنِّفِ ، والوَشْمِ ، وتَحْرِيمٍ عامٍّ ، كأَمَةٍ مَجُوسِيَّةٍ ، بخِلافِ أُخْتِه مِنَ الرَّضاعِ وحَماتِه ونحوِهما . قال فى « الفُروعِ » : وظاهرُ كلامِهم ، وقَرَعٍ[3] شديدٍ مِن كبيرٍ . وهو مُتَّجِهٌ . انتهى . وكَوْنِ الثَّوْبِ غيرَ جديدٍ ما لم يَظْهَرْ عليه أثَرُ الاسْتِعْمالِ . ذكَرَه فى « الواضِحِ » ، واقْتَصَر عليه فى « الفُروعِ » . والزَّرْعِ ، والغَرْسِ ،

---

(١) فى م : « بطنه » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/١٩ .

(٣) فى ط : « وقزع » .

الشرح الكبير

مَن دونَ ذلك ، فتكونُ هذه الأُمُورُ منه لضَعْفِ عَقْلِه وعَدَمِ تَثَبُّتِه . وكذلك إنْ كان العَبْدُ يَشْرَبُ الخَمْرَ ويَسْكَرُ مِن النَّبِيذِ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ ؛ لأَنَّه يوجِبُ الحَدَّ ، فهو كالزِّنَى . وكذلك الحُمْقُ الشَّدِيدُ ، والاسْتِطَالَةُ على الناسِ ؛ لأنَّه يَحْتاجُ إلى التَّأْدِيبِ . ورُبَّما تَكَرَّرَ فأَفْضَى إلى تَلَفِه ، ويَخْتَصُّ الكَبِيرَ دونَ الصَّغِيرِ ؛ لأَنَّه مَنْسُوبٌ إلى فِعْلِه . وعدَمُ الخِتانِ ليس بعَيْبٍ فى العَبْدِ الصَّغِيرِ ؛ لأَنَّه لم يَفُتْ وَقْتُه ، ولا فى الأَمَةِ الكَبِيرَةِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ . وقال أصحابُ أبى حَنِيفَةَ : هو عَيْبٌ فيها ؛ لأَنَّه زِيادَةُ أَلمٍ ، أَشْبَهَتِ العَبْدَ . ولَنا ، أَنَّه لا يَجِبُ عليها ، والأَلَمُ يَقِلُّ فيه ، ولا يُخْشَى

الإنصاف

والإجارَةِ . قال فى « الرِّعايَةِ » : وشامَاتٌ ، ومَحاجِمُ[1] [٧٩/٢ ظ] فى غيرِ مَوْضِعِها ، وشَرْطٌ يُشِينُ . ومنها ، إهْمالُ الأدَبِ والوَقارِ فى أماكِنِهما . نصَّ عليه . ذكَرَه الخَلَّالُ . قلتُ : لعَلَّ المُرادَ فى غيرِ الجَلَبِ ، والصَّغِيرِ . ومنها ، الاسْتِطالَةُ على النَّاسِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحبُ « عُيُونِ المَسائلِ » ، وغيرُهم . ومنها ، الحُمْقُ مِن كبيرٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ ؛ وهو ارْتِكابُ الخَطأ على بَصِيرَةٍ . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وحُمْقٌ شديدٌ . واعْتَبرَ القاضى وغيرُه العادَةَ . ومنها ، حَمْلُ الأَمَةِ ، دُونَ الدَّابَّةِ . قال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » : إنْ لم يَضُرَّ اللَّحْمَ . وتقدَّم فى أوَّلِ بابِ الشُّروطِ فى البَيْعِ . ومنها ، عدَمُ خِتانِ عَبْدٍ كبيرٍ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » : إنْ كان العَبْدُ الكبيرُ مَجْلُوبًا ، فليس بعَيْبٍ ، وإلَّا فعَيْبٌ . ومنها ، عَثْرَةُ المَرْكوبِ ، وكَدْمُه ، ورَفْسُه ، وقُوَّةُ رأْسِه ،

(١) المحاجم : جمع محجم ، وهو موضع الحجامة .

الشرح الكبير

منه التَّلَفُ ، بخلافِ العَبْدِ الكَبِيرِ . فأمّا الكَبِيرُ ، فإنْ كان مَجْلُوبًا مِن الكفّارِ ، فليس ذلك بعَيْبٍ فيه ؛ لأَنَّ العادَةَ أَنَّهُم لا يُخْتَنُونَ ، فصارَ ذلك مَعْلُومًا عندَ المُشْتَرِى ، فهو كَدِينِهِم ، وإنْ كان مُسْلِمًا مَوْلِدًا فهو عَيْبٌ فيه ؛ لأَنَّه يُخْشَى عليه منه ، وهو خِلافُ العادَةِ .

الإنصاف

وحَرَنُه ، وشُموصُه[1] ، وكَيُّه ، أو بعَيْنِه ظَفَرَةٌ[2] ، أو بأُذُنِه شَقٌّ قد خِيطَ ، أو بحَلْقِه نَغانِغُ[3] ، أو غُدَّةٌ ، أو عُقْدَةٌ ، أو به زَوَرٌ ؛ وهو نُتوءُ الصَّدْرِ عن البَطْنِ ، أو بيَدِه أو رِجْلِه شِقاقٌ ، أو بقَدَمِه فَدَعٌ ؛ وهو نُتوءُ وَسَطِ القَدَمِ ، أو به دَخَسٌ ؛ وهو وَرَمٌ حولَ الحافرِ ، أو كَوَعٌ[4] ، أو خُروجُ العُروقِ فى الرِّجْلَيْن عن قدَمَيْهما ، أو كَوَعٌ ؛ وهو انْقِلابُ أصابعِ القَدَمَيْن عليهما ، أو بَعقِبهما صَكَكٌ ؛ وهو تَقارُبُهما ، وقيل : اصْطِكاكُهما أو انْتِفاخُهما ، أو بالفَرَسِ خَسَفٌ ؛ وهو كَوْنُ إحْدَى عَيْنَيْه زَرْقاءَ والأُخْرَى كَحْلاءَ . ومنها ، كَوْنُه أعْسَرَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : والمُرادُ ، ولا يعْمَلُ باليَمِينِ عمَلَها المُعْتادَ ، وإلَّا فزِيادَةُ خَيْرٍ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[5] : كَوْنُه أعْسَرَ ليس بعَيْبٍ ؛ لعمَلِه بإحْدَى يدَيْه . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : والجارُ السُّوءُ عَيْبٌ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهرُ كلامِهِم : وبَقٌّ ونحوُه غيرُ مُعْتادٍ بالدَّارِ . قال : وقالَه جماعةٌ فى زَمَنِنا . قال فى « الرِّعايَةِ » : واخْتِلافُ الأَضْلاعِ والأسْنانِ ، وطُولُ إحْدَى يدَىِ الأُنْثَى ،

---

(١) دابة شموص : أى نفور كشموس .

(٢) الظفرة : جليدة تغشى العين من الجانب الذى يلى الأنف .

(٣) النُّغْنغ : اللحمة فى الحلق عند اللهازم .

(٤) كذا بالنسخ ، ولعلها « كرع » ، وهو دقة مقدم ساق الدابة .

(٥) انظر : المغنى ٦/ ٢٣٨ .

الشرح الكبير

فصل : والثُّيوبَةُ ليست بعَيْبٍ ؛ لأنَّها الغالِبُ على الجَوارِى ، فالإِطْلَاقُ لا يَقْتَضِى خِلافَها . هذا اخْتِيارُ القاضِى . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إذا أُطْلِقَ الشراءُ اقْتَضَى سَلامَتَها مِن الثُّيوبَةِ وبقاءَ البَكارَةِ ، فالثُّيوبَةُ إتْلافُ

الإنصاف

وخَرْمُ شُنُوفِها . ومنها ، أَكْلُ الطِّينِ . ذكَرَه جماعةٌ ؛ لأنَّه لا يَطْلُبُه إلَّا مَن به مرَضٌ . نَقَله عنهم ابنُ عَقِيلٍ ، ذكَرَه فى « الفُروعِ » ، فى بابِ الأطْعِمَةِ . قلت : وهو الصَّوابُ . وقطَع به فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وقالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، وغيرِهما . وكَوْنُ الدَّارِ ينْزِلُها الجُنْدُ عَيْبٌ . وعِبارَةُ القاضى ، وجَدَها مُنْزَلَةً ؛ قد نزَلَها الجُنْدُ . قال القاضى ، وصاحِبُ « التَّرْغيبِ » ، و « الحاوِى » ، ومَن تابعَهم : لوِ اشْتَرى قَرْيَةً ، فوَجَد فيها سَبُعًا أو حَيَّةً عظِيمَةً ، فهو عَيْبٌ يُنْقِصُ الثَّمَنَ . وقال ابنُ الزَّاغُونِىِّ ، ومَن تَبِعَه : وجَدَها كان السُّلْطَانُ ينْزِلُها ليس عَيْبًا ، ونَقْصُ القِيمَةِ به عادةً ، إنْ غُبِنَ لذلك ، الثُّلُثَ وكان مُسْتَسْلِمًا ، فله الفَسْخُ للغَبْنِ لا للعَيْبِ . وأجابَ أبو الخَطَّابِ : لا يجوزُ الفَسْخُ لهذا الأمْرِ المُتَردِّدِ . انتهى . وليس الفِسْقُ مِن جِهَةِ الاعْتِقادِ ، أوِ الفِعْلِ ، أوِ التَّغْفيلِ ، بعَيْبٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وفى قوله : أوِ الفِعْلِ . نظَرٌ ؛ لأنَّه قد تقدَّم أنَّ شُرْبَ الخَمرِ مِنَ المُمَيِّزِ عَيْبٌ . وقيل : هو عَيْبٌ فى الثَّلاثَةِ . قال فى « الفائقِ » : ولو ظَهَر العَبْدُ فاسِقًا مع إسْلامِه ، فله الرَّدُّ ، سواءٌ كان فِسْقُه لبِدْعَةٍ أو غيرِها . ذكَرَه فى « الفُصُولِ » . قال : وكذا لو ظهَر مُتَوانِيًا فى الصَّلاةِ . والمُخْتارُ ما ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ . انتهى . والثُّيوبَةُ ليستْ بعَيْبٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، منهم القاضى وغيرُه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى » . وجزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إنْ ظَهَرَتْ ثَيِّبًا مع إطْلاقِ العَقْدِ ، فهو عَيْبٌ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

الشرح الكبير

جُزْءٍ ، والأَصْلُ عَدَمُ الإتْلافِ ، والثمَنُ يَخْتَلِفُ باخْتِلافِه ، فنقولُ : جُزْءٌ يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ ببقَائِه وزَوالِه ، فَزَوَالُهُ عَيبٌ ، كتَلَفِ بعضِ أجْزائِها . وتَحْريمُها على المُشْتَرِى بِنَسَبٍ أو رَضاعٍ ، ليس بعَيْبٍ ، إذْ ليس فى المَحَلِّ ما يُوجِبُ خَلَلًا فى الماليَّةِ ولا نَقْصًا ، والتَّحْرِيمُ يَخْتَصُّ به . وكذلك الإحْرَامُ والصِّيَامُ ؛ لأَنَّهما يَزُولَانِ قَرِيبًا . وبه قال أبو حَنِيفَةَ والشَّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذلك عِدَّةُ البائِنِ . فأمَّا عِدَّةُ الرَّجْعِيَّةِ فهى عَيْبٌ ؛ لأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ لا يُؤْمَنُ ارْتِجاعُها . ومَعْرِفَةُ الغِناءِ والحِجامَةِ ليس بعَيْبٍ . [٢٧٢/٣و] وحُكِىَ عن مالِكٍ ، فى الجارِيَةِ المُغَنِّيَةِ ، أَنَّه عَيْبٌ فيها؛ لأَنَّه مُحَرَّمٌ. ولَنا ، أنَّه ليس بنَقْصٍ فى عَيْنِها ، ولا قِيمَتِها، فهو كالصِّناعَةِ ، وكونُه مُحَرَّمًا مَمْنوعٌ . وإنْ سُلِّمَ ، فالمُحَرَّمُ اسْتِعْمالُه، لا مَعْرِفَتُه . والعَسَرُ[1] ليس بعَيْبٍ ، وكان شُرَيْحٌ يَرُدُّ به . ولَنا ، أنَّه ليس بنَقْصٍ ، وعَمَلُه بإحْدَى يَدَيْهِ يقومُ مَقامَ عَمَلِه بالأُخْرَى. والكفْرُ ليس بعَيْبٍ . وبه

الإنصاف

وليس مَعْرِفَةُ الغِناءِ والكُفْرُ بعَيْبٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، والشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الغِناءُ فى الأَمَةِ عَيْبٌ ، وكذا الكُفْرُ . وأَطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وقال فى « الفائقِ » : وعدَمُ نَباتِ عانَةِ الأَمَةِ ليس عَيْبًا فى قِياسِ الحَيْضِ . وقال على قولِ ابنِ عَقيلٍ : هو عَيْبٌ . وعَدَمُ الحَيْضِ فى الكَبِيرَةِ ليس بعَيْبٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : هو عَيْبٌ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هو

---

(١) العسر : العمل بالشمال دون اليمين .

الشرح الكبير

قال الشّافِعِيُّ . وهو عَيْبٌ عند أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنّه نَقْصٌ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالَى : ﴿ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ﴾[1] . ولنا ، أنَّ العَبِيدَ فيهم المُسْلِمُ والكافِرُ ، والأصْلُ فيهم الكُفْرُ ، فالإطْلَاقُ لا يَقْتَضِى خِلافَ ذلك ، وكَوْنُ المُؤْمِن خَيْرًا مِن الكافِرِ لا يَقْتَضِى كَوْنَ الكُفْرِ عَيْبًا ، كما أنَّ المُتَّقِىَ خيْرٌ من غيرِه ، قال اللهُ تعالَى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾[2] . وليس عَدَمُه عَيْبًا . وكَوْنُه وَلَدَ زِنًى ليس بعَيْبٍ . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : هو عَيْبٌ فى الجارِيَةِ ؛ لأنَّها تُرادُ للافْتِراشِ ، بخلافِ العَبْدِ . قُلْنا : إنَّ النَّسَبَ فى الرَّقِيقِ غيرُ مَقْصُودٍ ، بدَلِيلِ أنَّهم يُشْتَرَوْنَ مَجْلُوبِينَ غيرَ مَعْرُوفِى النَّسَبِ . وكونُ الجارِيَةِ لا تُحْسِنُ الطَّبْخَ أو الخَبْزَ ونحوَه ، ليس بعَيْبٍ ؛ لأنَّ هذا حِرْفَةٌ ، فلم يكُنْ فَقْدُها عَيْبًا ،

الإنصاف

عَيْبٌ لمُخالفَةِ الجِبلَّةِ فيه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وفى « الانْتِصار » : ليس عَيْبًا مع بقاءِ القِيمَةِ، وليس عُجْمَةُ اللِّسانِ، والفَأْفاءُ، والتَّمْتَامُ، والأَرَتُّ[3]، والقَرابَةُ بعَيْبٍ ، وكذلك الألْثَغُ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ . وقال فى مَوْضِعٍ : اللَّثَغُ وغُنَّةُ الصَّوْتِ عَيْبٌ .

فائدة : قال فى « الانْتِصارِ » ، و« مُفْرَداتِ أبى يَعْلَى الصَّغِيرِ » : لا فَسْخَ بعَيْبٍ يَسِيرٍ ، كصُداعٍ ، وحُمَّى يَسِيرَةٍ ، وسقُوطِ آياتٍ يَسِيرَةٍ فى المُصْحَفِ للعادَةِ ، كغَبْنٍ يَسِيرٍ ، ولو مِن وَلِىٍّ . قال [٢/ ٨٠و] أبو يَعْلَى : ووَكِيلٍ . وقال فى وَلِىٍّ

---

(١) سورة البقرة ٢٢١ .

(٢) سورة الحجرات ١٣ .

(٣) الأرت : الذى فى لسانه عقدة ، ويعجل فى كلامه فلا يطاوعه لسانه .

المقنع

فَمَنِ اشْتَرَى مَعِيبًا لَمْ يَعْلَمْ عَيْبَهُ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ الرَّدِّ وَالْإِمْسَاكِ مَعَ الْأَرْشِ ، وَهُوَ قِسْطُ مَا بَيْنَ قِيمَةِ الصَّحِيحِ وَالْمَعِيبِ مِنَ الثَّمَنِ .

الشرح الكبير

كسائِرِ الصَّنائعِ . وكونُها لا تَحِيضُ ، ليس بعَيْبٍ . وقال الشّافِعِيُّ : هو عَيْبٌ إذا كان لكِبَرٍ ؛ لأَنَّ مَن لا تَحِيضُ لا تحمِلُ . ولَنا ، أنَّ الإطْلَاقَ لا يَقْتَضِي الحَيْضَ ولا عَدَمَه ، فلم يكُنْ فواتُه عَيْبًا ، كما لو كان لغَيْرِ الكِبَرِ .

١٦٢٩ - مسألة : (فمَن اشْتَرَى مَعِيبًا لم يَعْلَمْ عَيْبَه ، فله الخِيارُ بين الرَّدِّ والإمْسَاكِ مع الأَرْشِ ، وهو قِسْطُ ما بينَ قِيمَةِ الصَّحِيحِ والمَعِيبِ مِن الثَّمَنِ) مَن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، أو مُدَلَّسًا ، أو مُصَرَّاةً ، وهو عالِمٌ فلا خِيارَ له ؛ لأَنَّه بذَلَ الثَّمَنَ فيه عالِمًا راضِيًا به عِوَضًا ، أشْبَهَ ما لا عَيْبَ فيه ، لا نَعْلَمُ خِلافَ ذلك . وإنْ عَلِمَ به عَيْبًا لم يكُنْ عالِمًا به ، فله

الإنصاف

ووَكيلٍ : لو كَثُرَ الغَبْنُ ، بطَل . وقال أيضًا : يُوجِبُ الرُّجوعَ عليهما . وذكَر أيضًا الفَسْخَ بعَيْبٍ يَسيرٍ ، وأنَّ المَهْرَ مِثْلُه فى وَجْهٍ ، وأنَّ له الفَسْخَ بغَبْنٍ يَسيرٍ ، كدِرْهَمٍ فى عَشَرَةٍ بالشَّرْطِ . وتقدَّمَ ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ فى الغَبْنِ . وفى « مُفْرَداتِ أبى الوَفاءِ » ، وغيرِه أيضًا ، لا فَسْخَ بعَيْبٍ ، أو غَبْنٍ يَسيرٍ ، وأنَّ الكَثِيرَ يَمْنَعُ الرُّشْدَ ، ويُوجِبُ السَّفَهَ ، والرُّجُوعَ على وَلِىٍّ ووَكيلٍ . قال أحمدُ : مَنِ اشْتَرَى مُصْحَفًا ، فوَجَدَه ينْقُصُ الآيَةَ والآيَتَيْن ، ليس هذا عَيْبًا ؛ لا يَخْلُو المُصْحَفُ مِن هذا . وفى « جامِعِ القاضى » ، بعدَ هذا النَّصِّ ، قال : لأَنَّه كغَبْنٍ يَسيرٍ . قال : وأَجْوَدُ مِن هذا ، أنَّه لا يَسْلَمُ عادةً مِن ذلك ، كيَسِيرِ التُّرابِ والعُقَدِ فى البُرِّ .

قوله : فمَنِ اشْتَرَى مَعِيبًا لم يَعْلَمْ عَيْبَه . هكذا عِبارَةُ غالبِ الأصحابِ . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » : فمَنِ اشْتَرَى مَعِيبًا لم يعْلَمْ عَيْبَه ، أو كان عالِمًا به

الشرح الكبير

الخِيَارُ بينَ الإمْسَاكِ والفَسْخِ ، سَواءٌ كان البائِعُ عَلِمَ العَيْبَ فكَتَمَهَ ، أو لم يَعْلَمْ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . ولأنَّ إثْباتَ النَّبيِّ ﷺ الخِيَارَ بالتَّصْرِيَةِ تَنْبِيهٌ على ثُبُوتِه بالعَيْبِ . ولأنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِى السَّلامَةَ مِن العَيْبِ ؛ بدَلِيلِ ما رُوِىَ عن النَّبيِّ ﷺ ، أنَّه اشْتَرَى مَمْلُوكًا ، فكَتَبَ : « هَذا ما اشْتَرَى محمَّدُ بنُ عبدِ اللهِ مِن الْعَدَّاءِ بن خالِدٍ ، اشْتَرَى منه عَبْدًا – أو أمَةً – (١لا دَاءَ به١) ولا غائِلَةَ ، بَيْعَ المُسْلِمِ للمُسْلِمِ »(٢) . ولأنَّ الأصْلَ السَّلَامَةُ ، والعَيْبُ حادِثٌ أو مُخالِفٌ للظاهِرِ ، فعِنْدَ الإطْلاقِ يُحملُ عليها ، فمَتَى فاتَتْ فاتَ بعضُ مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَلْزَمْه أخْذُه بالعِوَضِ ، وكان له الرَّدُّ ، وأخْذُ الثَّمَنِ كامِلًا .

فصل : فإنِ اخْتَارَ إمْسَاكَ المَعِيبِ وأخْذَ الأرْشِ ، فله ذلك . وبه قال إسحاقُ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِيُّ : ليس له إلَّا الإمْسَاكُ ، أو الرَّدُّ ،

الإنصاف

ولم يَرْضَ به .

قوله : فله الخِيارُ بينَ الرَّدِّ والإمْساكِ مع الأرْشِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . أعْنِى سواءً تعَذَّرَ رَدُّه أوْ لا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، ليس له الأرْشُ إلَّا إذا تعَذَّرَ رَدُّه . اخْتارَه صاحِبُ « الفائقِ » ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال : وكذلك يُقالُ فى نَظائِرِه ، كالصَّفْقَةِ إذا

(١ – ١) فى م : « لا دابة » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٧٦/٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كتابة الشروط ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٢١/٥ . وابن ماجه ، فى : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٥٦/٢ .

الشرح الكبير

[٢٧٢/٣ظ] ولا أَرْشَ له ، إلَّا أنْ يَتعذَّرَ رَدُّ المَبيعِ ، ورُوِىَ ذلك عن أحمدَ ، حَكاهُ صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ؛ لأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَل لمُشْتَرِى المُصَرَّاةِ الخِيَارَ بينَ الإِمْسَاكِ مِن غيرِ أَرْشٍ ، أو الرَّدِّ . ولأنَّه يَمْلِكُ الرَّدَّ ، فلم يَمْلِكْ أَخْذَ جزءٍ مِن الثَّمَنِ ، كالرَّدِّ بالخيارِ . ولَنا ، أنَّه ظَهَرَ على عَيْبٍ لم يَعْلَمْ به ، فكان له الأَرْشُ ، كما لو تَعَيَّبَ عندَه . ولأنَّه فاتَ عليه جزءٌ مِن المَبيعِ ، فكانت له المُطَالَبَةُ بعِوَضِه ، كما لو اشْتَرَى عَشَرَةَ أَقْفِزَةٍ ، فبانَتْ تِسْعَةً ، أو كما لو أَتْلَفَه بعدَ البَيْعِ . فأمَّا المُصَرَّاةُ فليس فيها عَيْبٌ ، وإنَّما مَلَكَ الخِيَارَ بالتَّدْلِيسِ ، لا لفَواتِ جُزْءٍ ، وكذلك لا يَسْتَحِقُّ أَرْشًا إذا تَعذَّرَ الرَّدُّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمَعْنَى الأَرْشِ أنْ يُقَوَّمَ المَبيعُ صَحِيحًا ،

الإنصاف

تفرَّقَتْ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو الأصحُّ . واخْتارَ شيْخُنا فى « حَواشِى الفُروعِ » ، أنَّه إنْ دَلَّسَ العَيْبَ ، خُيِّرَ بينَ الرَّدِّ والإِمْساكِ مع الأَرْشِ ، وإنْ لم يُدَلِّسِ العَيْبَ ، خُيِّرَ بينَ الرَّدِّ والإِمْساكِ بلا أَرْشٍ . وعنه ، لا رَدَّ ولا أَرْشَ لمُشْتَرٍ وهَبَه بائعٌ ثَمَنًا ، أو أَبْرَأَه منه ، كمَهْرٍ فى رِوايَةٍ . وأَطْلَقَهما فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والسِّتِّين » . قال : واخْتارَ القاضى فى « خِلافِه » ، أنَّه إذا رَدَّه ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ممَّا أَبْرَأَه منه . ويتخَرَّجُ التَّفْريقُ بينَ الهِبَةِ والإِبْراءِ ، فيَرْجِعُ فى الهِبَةِ دُونَ الإِبْراءِ . ولو ظَهَر هذا المَبيعُ مَعِيبًا بعدَ أنْ تعَيَّبَ عندَه ، فهل له المُطالَبَةُ بأَرْشِ العَيْبِ ؟ فيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، تخْريجُه على الخِلافِ فى رَدِّه . والطَّريقُ الآخَرُ ، تَمْتَنِعُ المُطالَبَةُ وَجْهًا واحدًا . وهو اخْتِيارُ ابنِ عَقِيلٍ ويأْتِى فى كتابِ الصَّداقِ ما يُشابِهُ هذا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو ظهَر بالمَأْجُورِ عَيْبٌ ، فقال المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم : قِياسُ المذهبِ ، أنَّ حُكْمَه حُكْمُ المَبيعِ . جزَم به ناظِمُ

الشرح الكبير

ثم يُقَوَّمَ مَعِيبًا ، فيُؤْخَذُ قِسْطُ ما بَيْنَهما مِن الثمَنِ . مثالُه أنْ يُقَوَّمَ المَعِيبُ صَحِيحًا بعشَرَةٍ ، ومَعِيبًا بتِسْعَةٍ ، والثَّمنُ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فقد نَقَصَه العَيْبُ عُشْرَ قِيمَتِه ، فيُرْجَعُ على البائعِ بعُشْرِ الثَّمَنِ ، وهو دِرْهَمٌ ونِصْفٌ . وعِلَّةُ ذلك أنَّ المَبيعَ مَضْمُونٌ على المُشْتَرِى بثَمَنِه ، فَفَواتُ جُزْءٍ منه يُسْقِطُ عنه ضَمانَ ما قابَلَه مِن الثَّمَنِ . ولأنَّنا لو ضَمَّنَّاه نَقْصَ القِيمَةِ ، أفْضَى إلى

الإنصاف

« المُفْرَداتِ » ، وهو منها . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا أرْشَ له . ويأْتِى ذلك فى الإِجارَةِ ، عندَ قولِه : وإنْ وجَد العَيْنَ مَعِيبَةً . بأَتَمَّ مِن هذا . الثَّانيةُ ، إذا اخْتارَ الإِمْساكَ مع الأَرْشِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ يأْخُذَه مِن غيرِ الثَّمَنِ مع بَقائِه ؛ لأنَّه فَسْخٌ أو إسْقاطٌ . وقالَه القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » . ويَحْتَمِلُ أنْ يأْخُذَ مِن حيثُ شاءَ البائعُ ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ . وقالَه القاضى أيضًا فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . قال ابنُ رَجَبٍ فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والخَمْسِين » : واخْتلَفَ الأصحابُ ، يعْنِى فى أخْذِ أرْشِ العَيْبِ ، فمنهم مَن يقولُ : هو فَسْخُ العَقْدِ فى مِقْدارِ العَيْبِ ، ورُجوعٌ بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ . ومنهم مَن يقولُ : هو عِوَضٌ عن الجُزْءِ الفائتِ . ومنهم مَن قال : هو إسْقاطُ الجُزْءِ مِنَ الثَّمَنِ فى مُقابَلَةِ الجُزْءِ الفائتِ الذى تعَذَّرَ تَسْليمُه . وكلٌّ مِن هذه الأقوالِ الثَّلاثَةِ ، قالَه القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » . ويَنْبَنِى على الخِلافِ ، فى أنَّ الأَرْشَ فَسْخٌ . أو إسْقاطُ الجُزْءِ مِنَ الثَّمَنِ ، أو مُعاوَضَةٌ ، أنَّه إنْ كان فَسْخًا ، أو إسْقاطًا ، لم يَرْجِعْ إلَّا بقَدْرِه مِنَ الثَّمَنِ ، ويَسْتَحِقُّ جُزْءًا مِن غيرِ الثَّمَنِ مع بَقائِه ، بخِلافِ ما إذا قُلْنا : إنَّه مُعاوَضَةٌ . انتهى . وقد صرَّح المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما ، أنَّ الأَرْشَ عِوَضٌ عن الجُزْءِ الفائتِ فى المَبيعِ . وقال فى القاعِدَةِ المذْكُورَةِ أعْلاه : إذا قُلْنا : هو

المقنع

وَمَا كَسَبَ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِى ، وَكَذَلِكَ نَماؤُهُ الْمُنْفَصِلُ . وَعَنْهُ ، لَا

الشرح الكبير

اجْتِماعِ الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ للمُشْتَرِى ، فيما إذا اشْتَرَى شيئًا بعشرَةٍ ، وقِيمَتُه عِشْرُونَ ، فوَجدَ به عَيْبًا يُنْقِصُه عَشَرَةً فأخَذَها ، حَصَلَ له المَبِيعُ ، ورَجَعَ بثَمَنِه . وهذا لا سبيلَ إليه . وقد نَصَّ أحمدُ على ما ذَكَرْناهُ . وذَكَرَه الحَسَنُ البَصْرِيُّ ، فقال : يَرْجِعُ بقِيمَةِ العَيْبِ فى الثَّمَنِ يومَ اشْتَراهُ . قال أحمدُ : هذا أَحْسَنُ ما سَمِعْتُه .

١٦٣٠ – مسألة : (وما كَسَب فهو للمُشْتَرِى ، وكذلك نَماؤُه

الإنصاف

عِوَضٌ عنِ الفائتِ . فهل هو عِوَضٌ عنِ الجُزْءِ نَفْسِه ، أو عن قِيمَتِه ؟ ذهَب القاضى فى « خِلافِه » ، إلى أنَّه عِوَضٌ عنِ القِيمَةِ ، وذهَب ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » ، وابنُ المَنِّيِّ ، إلى أنَّه عِوَضٌ عنِ العَيْنِ الفائتَةِ . ويَنْبَنِى على ذلك ، جَوازُ المُصالحَةِ عنه بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه . فإنْ قُلْنا : المَضْمُونُ العَيْنُ . فله المُصالَحةُ عنها بما شاءَ ، وإنْ قُلْنا : القِيمَةُ . لم يَجُزْ أنْ يُصالِحَ عنها بأكْثَرَ منها مِن جِنْسِها . انتهى .

فائدة : لو أسْقَطَ المُشْتَرِى خِيارَ الرَّدِّ بعِوَضٍ بذَلَه له البائعُ وقَبِلَه ، جازَ على حسَبِ ما يتَّفِقان عليه ، وليس مِنَ الأَرْشِ فى شىءٍ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى الشُّفْعَةِ ، ونصَّ أحمدُ على مِثْلِه فى خِيارِ المُعْتَقَةِ تحتَ عَبْدٍ . قالَه فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والخَمْسِين » .

قوله : وهو قِسْطُ ما بينَ قِيمَةِ الصَّحيحِ والمَعِيبِ مِنَ الثَّمَنِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقَطَعُوا به . وقال فى « الرِّعايَةِ » ، بعدَ أنْ ذكَر الأَوَّلَ : وقيلَ : قَدْرُه [٢/ ٨٠ظ] مِنَ الثَّمَنِ كنِسْبَةِ ما يُنْقِصُ العَيْبُ مِنَ القِيمَةِ إلى تَمامِها لو كان سَلِيمًا يومَ العَقْدِ .

قوله : وما كَسَب ، فهو للمُشْتَرِى . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع

المقنع يَرُدُّهُ إِلَّا مَعَ نَمَائِهِ .

الشرح الكبير المُنْفَصِلُ . وعنه ، لا يَرُدُّه إِلَّا مع نمائِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا أرادَ رَدَّ المَبِيعِ ، فلا يَخْلُو : إمّا أنْ يكونَ بحالِه ، أو أنْ يكونَ قد زادَ أو نَقَصَ ، فإنْ كان بحالِه ، رَدَّهُ وأَخَذَ الثَّمَنَ . وإنْ زادَ بعد العَقْدِ ، أو حَصَلَت له فائِدَةٌ ، فذلك قِسْمان ؛ أحَدُهما ، أنْ تكونَ الزِّيادَةُ مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، والحَمْلِ ، والثَّمَرةِ قبلَ الظُّهُورِ ، فإنَّه يَرُدُّها بنَمائِها ، فإنَّه يَتْبَعُ فى العقودِ والفسوخِ . القِسْمُ الثانى ، أنْ تكونَ الزِّيادَةُ مُنْفَصِلَةً ، وهى نَوْعَانِ ؛ أحَدُهما ، أنْ تكونَ مِن غيرِ المَبِيعِ ، كالكَسْبِ والأُجْرَةِ ، وما يُوهَبُ له ، أو يُوصَى له به ، فهو للمُشْتَرِى فى مُقابَلَةِ ضَمانِه ؛ لأنَّ المَبِيعَ لو هَلَكَ كان مِن مالِ المُشْتَرِى ، وهو مَعْنَى قولِ النَّبِىِّ ﷺ : « الْخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[1] . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا . وقد رَوَى ابنُ ماجه بإسْنادِه عن عائِشَةَ ، أنَّ رَجُلًا اشْتَرَى عَبْدًا ، فاسْتَغَلَّه ما شاءَ

الإنصاف به كثيرٌ منهم ؛ منهم المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقال : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وعنه ، للبائِعِ . ونَفاها الزَّرْكَشِىُّ . ولا يُلْتفَتُ إلى ما قالَ عن صاحِبِ « الكافِى » فى حِكايَةِ الخِلافِ فيه ، فقد ذكَر الرِّوايَةَ جماعةٌ .

قوله : وكذلك نَماؤه المُنْفَصِلُ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يَرُدُّه إلَّا مع نَمائِه ، وإنْ قُلْنا : لا يَرُدُّ كَسْبَه . وقال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ كلامًا يدُلُّ على أنَّ اللَّبَنَ وحدَه يُرَدُّ عِوَضُه ؛ لحَديثِ المُصَرَّاةِ .

فائدة : لو حدَث حَمْلٌ بعدَ الشِّراءِ ، فهل هو نَماءٌ مُنْفَصِلٌ أو مُتَّصِلٌ ؟ جزَم

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/٢٨٤ .

الشرح الكبير

اللهُ ، ثم وجَدَ به عَيْبًا ، فرَدَّهُ ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، إنَّه اسْتَغَلَّ غُلامِى ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ: «الخَرَاجُ بالضَّمَانِ». رَواه أبو داودَ[1]. وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلافَهم . النوعُ الثانِى ، أنْ تكونَ الزِّيادَةُ مِن عينِ المَبِيعِ ؛ كالوَلَدِ ، [٢٧٣/٣و] والثَّمرَةِ ، واللَّبَنِ ، فهى للمُشْتَرِى أيضًا ، ويَرُدُّ الأَصْلَ بدُونِها . وبهذا قال الشافِعِىُّ . إلَّا أنَّ الوَلَدَ إنْ كان لآدَمِيَّةٍ . لم يَمْلِكْ رَدَّها دُونَه ، وسَنَذْكُرُ

الإنصاف

المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ هنا ، أنَّه زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى الصَّداقِ : هو زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . ثم اخْتلَفا ، فقال القاضى : يُجْبَرُ الزَّوْجُ على قَبُولِها إذا بذَلَتْها المَرْأَةُ . وخالَفَه ابنُ عَقِيلٍ فى الآدَمِيَّاتِ . وقال القاضى فى التَّفْلِيسِ : يَنْبَنِى على أنَّ الحَمْلَ ، هل له حُكْمٌ أم لا ؟ فإنْ قُلْنا : له حُكْمٌ . فهو زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وإلَّا فهو زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ كالسِّمَنِ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : الأظْهَرُ أنَّه يُتْبَعُ فى الرُّجوعِ كما يُتْبَعُ فى المَبِيعِ . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والثَّمانِين » . وأمَّا إذا حمَلَتْ ووَلَدَتْ بعدَ الشِّراءِ ، فهو نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، بلا نِزاعٍ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّه تُرَدُّ أُمُّه دُونَه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . اخْتارَها الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « رءُوسِ مَسائِلِهما » . قال الزَّرْكَشِىُّ : قالَه القاضى فى « تَعْليقِه » فيما أظُنُّ . وهى قولٌ فى « الفُروعِ » ، كما لو كان حُرًّا . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » وغيرِه . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه إذا رَدَّها لا يرُدُّها إلَّا بوَلَدِها ، فيَتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفائقِ » ،

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٥ . وابن ماجه ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات .. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٤ .

الشرح الكبير

ذلك . وعنه ، ليس له رَدُّه دونَ نمائِه قِياسًا على النَّماءِ المُتَّصِلِ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لِما ذَكَرْناهُ مِن حَدِيث عائِشَةَ . وقال مالِكٌ : إنْ كان النَّماءُ ثَمَرَةً لم يَرُدَّها ، وإنْ كان وَلَدًا رَدَّه معها[1] ؛ لأَنَّ الرَّدَّ حُكْمٌ ، فسَرَى إلى الوَلَدِ ، كالكِتابَةِ . وقال أبو حَنِيفَةَ : النَّماءُ الحادِثُ فى يَدِ المُشْتَرِى يَمْنَعُ الرَّدَّ ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّ الأَصْلِ بدُونِه ؛ لأنه من موجِبِه ، فلا يُرْفَعُ العَقْدُ مع بقاءِ موجِبِه ، ولا يُمْكِنُ رَدُّه معه ؛ لأَنَّه لم يَتَناوَلْه العَقْدُ . ولَنا ، أنّه نماءٌ حَدَثَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فلم يمنعِ الرَّدَّ ، كما لو كان فى يَدِ البائِعِ ،

الإنصاف

و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم .

فائدة : للأصحابِ فى الطَّلْعِ ، هل هو نماءٌ مُنْفَصِلٌ أو مُتَّصِلٌ ؟ طُرُقٌ ؛ أحدُها ، هو زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ مُطْلَقًا . جزَم به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى الصَّداقِ ، وكذا فى « الكافِى » ، وجعَل كلَّ ثَمَرةٍ على شَجَرَةٍ زِيادَةً مُتَّصِلَةً . الثَّانى ، زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ مُطْلَقًا . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى مَوْضِعٍ مِنَ التَّفْلِيسِ ، والرَّدِّ بالعَيْبِ ، وذكَرَه فى « المُغْنِى » احْتِمالًا ، وحكَاه فى « الكافِى » عن ابنِ حامِدٍ . الثَّالِثُ ، المُؤَبَّرُ زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وغيرُه زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . صرَّح به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ أيضًا فى التَّفْلِيسِ ، والرَّدِّ بالعَيْبِ . وذكَرَه مَنْصُوصَ أحمدَ . الرَّابعُ ، غيرُ المُؤَبَّرِ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ بلا خِلافٍ ، وفى المُؤَبَّرِ وَجْهان . وهى طريقَتُه فى « التَّرْغِيبِ » ، فى الصَّداقِ . الخامِسُ ، المُؤَبَّرَةُ زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ[2] ، وَجْهًا واحدًا ، وفى غيرِ المُؤَبَّرَةِ وَجْهان . واخْتارَ ابنُ حامِدٍ ، أنَّها مُنْفَصِلَةٌ . وهى طَرِيقَةٌ فى « الكافِى » ، فى التَّفْلِيسِ . وأمَّا

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « متصلة » .

الشرح الكبير

وكالكَسْبِ . ولأنَّه نماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فجازَ رَدُّ الأَصْلِ بدُونه ، كالكَسْبِ ، والثَّمَرةِ عندَ مالِكٍ . وقَوْلُهم : إنَّ النَّماءَ مِن موجِبِ العَقْدِ . لا يَصِحُّ ، إنَّما مُوجِبُه المِلْكُ ، ولو كان موجِبًا للعَقْدِ لعادَ إلى البائعِ بالفَسْخِ . وقولُ مالِكٍ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الولَدَ ليس بمَبيعٍ ، فلا يُمْكِنُ رَدُّه بحُكْمِ رَدِّ الأُمِّ . ويَبْطُلُ ما ذَكَرَه بنَقْلِ المِلْكِ بالهِبَةِ والبَيْعِ وغيرِهما ، فإنَّه لا يسرِى إلى الوَلَدِ بوُجُودِه فى الأُمِّ . فإنِ اشْتَراهَا حامِلًا فوَلَدَتْ عندَ المُشْتَرِى فرَدَّها ، رَدَّ وَلَدَها معها ؛ لأَنَّه مِن جُمْلَةِ المَبيعِ ، والوِلادَةُ نَماءٌ مُتَّصِلٌ . وإنْ نَقَصَ المَبيعُ ، فَسَيَأْتِى حُكْمُه إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

الإنصاف

الحَبُّ إذا صارَ زَرْعًا ، والبَيْضَةُ إذا صارَتْ فَرْخًا ، فأكثرُ الأصحابِ على أنَّها داخِلَةٌ فى النَّماءِ المُنْفَصِلِ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وذكَر المُصَنِّفُ وَجْهًا ، وصحَّحَه ، أنَّه مِن بابِ تَغيُّرِ ما يُزِيلُ الاسْمَ ؛ لأنَّ الأوَّلَ اسْتَحالَ . وكذا قال ابنُ عَقِيلٍ فى مَوْضِعٍ آخَرَ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ؛ أنَّ النَّماءَ المُتَّصِلَ[1] للبائعِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا قَوْلُ عامَّةِ الأصحابِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : النَّماءُ المُتَصِلُ كالمُنْفَصِلِ ، فيكونُ للمُشْتَرِى قِيمَتُهما . وقال الشِّيرَازِىُّ : النَّماءُ المُتَّصِلُ[1] للمُشْتَرِى . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّمانِين » : ونصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ أيضًا . فعلى هذا يُقَوَّمُ على البائعِ . وقال فى « الفُروعِ » ، وفى

---

(١) فى الأصل : « المنفصل » .

المقنع وَوَطْءُ الثَّيِّبِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ . وَعَنْهُ ، يَمْنَعُ .

الشرح الكبير **١٦٣١** – مسألة : (وَوَطْءُ الثَّيِّبِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ . وعنه ، يَمْنَعُ) إذا اشْتَرَى أمَةً ثَيِّبًا ، فَوَطِئَها المُشْتَرِى قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، فله رَدُّها ، ولا شىءَ عليه . رُوِىَ ذلك عن زَيْدِ بن ثابتٍ . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وعثمانُ البَتِّىُّ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَمْنَعُ الرَّدَّ . يُرْوَى ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وإسحاقُ ؛ لأَنَّ الوَطْءَ كالجِنايَةِ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو فى مِلْكِ الغَيْرِ مِن عُقُوبَةٍ أو مالٍ ، فَوَجَبَ أنْ يَمْنَعَ الرَّدَّ ، كَوَطْءِ البِكْرِ . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وسَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ أبى لَيْلَى : يَرُدُّها ، ومعها أرْشٌ . واخْتَلَفُوا فيه ، فقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ : نِصْفُ عُشْرِ ثَمَنِها . وقال الشَّعْبِىُّ : حُكُومَةٌ . وقال سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ : عَشَرَةُ دَنَانِيرَ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : مَهْرُ مِثْلِها . وحُكِىَ نَحْوُه عن عُمَرَ بنِ الخَطّابِ ، رَضِىَ اللهُ

الإنصاف « المُغْنِى » ، فى النَّماءِ المُتَّصِلِ ، فى مَسْأَلةِ صَبْغِه ونَسْجِه : له أرْشُه إنْ رَدَّه . انتهى . والذى فى « المُغْنِى » : فله أرْشُه لاغيرُ .

قوله : ووَطْءُ الثَّيِّبِ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ . فله رَدُّها ، ولا يُحْسَبُ عليه وطْؤُها . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . ويجوزُ له بَيْعُها مُرابحَةً بلا إخْبارٍ[1] . قالَه فى « الانْتِصارِ » وغيرِه . وعنه ، وَطْؤُها يَمْنَعُ رَدَّها . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » . قال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : لا تُرَدُّ الأمَةُ بعدَ وَطْئِها ، ويأْخُذُ أَرْشَ العَيْبِ مُطْلَقًا . وعنه ، له رَدُّها بمَهْرِ مِثْلِها . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » ،

---

(١) فى الأصل : « خيار » .

الشرح الكبير

عنه . وذكَره ابنُ أبى مُوسَى رِوايَةً عن أحمدَ ؛ لأنَّه إذا فَسَخَ صارَ واطِئًا فى مِلْكِ الغَيْرِ ؛ لكَوْنِ الفَسْخِ رَفْعًا للعَقْدِ مِن أَصْلِه . ولَنا ، أنَّه مَعْنًى لا يَنْقُصُ عَيْنَها ولا قِيمَتَها ، ولا يَتَضَمَّنُ الرِّضا بالعَيْبِ ، فلم يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كالاسْتِخْدامِ ، وكَوَطْءِ الزَّوْجِ . وما قالُوه يَبْطُلُ بوَطْءِ الزَّوْجِ ، ووَطْءُ البِكْرِ يَنْقُصُ ثَمَنَها . وقولُهم : يكونُ واطِئًا فى مِلْكِ الغَيْرِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ رَفَعَ العَقْدَ مِن حِينِه ، لا مِن أَصْلِه ، [٢٧٣/٣ظ] بدَلِيلِ أنَّه لا يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ ، ولا يُوجِبُ رَدَّ الكَسْبِ ، فيكونُ وَطْؤُه فى مِلْكِه .

فصل : ولو اشْتَراها مُزَوَّجَةً ، فوَطِئَها الزَّوْجُ ، لم يَمْنَعْ ذلك الرَّدَّ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . فإنْ زَوَّجَها المُشْتَرِى ، فوَطِئَها الزَّوْجُ ، ثم أرادَ رَدَّها بالعَيْبِ ، فإنْ كان النِّكَاحُ باقِيًا ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، وإنْ كان قد زَالَ ،

الإنصاف

و « الحاوِى » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، حدُوثُ العَيْبِ بعدَ العَقْدِ وقبلَ القَبْضِ ، كالعَيْبِ قبلَ العَقْدِ فيما ضَمانُه على البائعِ ، كالمَكِيلِ ، والمَوْزُونِ ، والمَعْدودِ ، والمَذْروعِ ، والثَّمَرةِ على رءُوسِ النَّخْلِ ، ونحوِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال جماعةٌ : لا أَرْشَ إلَّا أنْ يُتْلِفَه آدَمِىٌّ فيأْخُذَه منه . وحدُوثُ العَيْبِ بعدَ القَبْضِ مِن ضَمانِ المُشْتَرِى مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، عُهْدَةُ الحَيَوانِ ثَلاثَةُ أيَّامٍ . وعنه ، سِتَّةٌ . وقال [٨١/٢و] فى « المُبْهِجِ » : وبعدَ السِّتَّةِ . والمذهبُ ، لا عُهْدَةَ . قال الإمامُ أحمدُ : لا يصِحُّ فيه حَدِيثٌ . الثَّانيةُ ، لو اشْتَرَى مَتاعًا ، فوَجَدَه خَيْرًا ممَّا اشْتَرَى ، فعليه رَدُّه إلى بائِعِه ، كما لو وجَدَه أرْدأَ ، كان له رَدُّه . نصَّ عليه . قالَه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » ،

المقنع

وَإِنْ وَطِئَ الْبِكْرَ ، أَوْ تَعَيَّبَتْ عِنْدَهُ ، فَلَهُ الْأَرْشُ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْأَرْشِ وَبَيْنَ رَدِّهِ وَأَرْشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ عِنْدَهُ ، وَيَأْخُذُ الثَّمَنَ .

الشرح الكبير

فحُكْمُه حُكْمُ وَطْءِ السَّيِّدِ . وقد اسْتَحسَنَ أحمدُ أنَّه يَمْنَعُ الرَّدَّ . وهو مَحْمُولٌ على الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ؛ إذْ لا فَرْقَ بينَ هذا وبين وَطْءِ السَّيِّدِ . وإنْ زَنَتْ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ولم يكُنْ عَرَفَ ذلك منها ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، حُكْمُه حُكْمُ العُيُوبِ الحادِثَةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ عَيْبًا بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لَزِمَها حُكْمُ الزِّنَى فى يَدِ المُشْتَرِى .

١٦٣٢ - مسألة : (وإنْ وَطِئَ البِكْرَ ، أو تَعَيَّبَتْ عندَه ، فله الأَرْشُ . وعنه ، أنَّه مُخَيَّرٌ بينَ الأَرْشِ وبينَ رَدِّه وأَرْشِ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويَأْخُذُ الثَّمَنَ) إذا وَطِئَ المُشْتَرِى قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهُما ، لا يَرُدُّها ، ويَأْخُذُ أَرْشَ العَيْبِ . وبه قال[1] ابنُ سِيرِينَ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وإسْحاقُ .

الإنصاف

وغيرِهما . قلتُ : لعَلَّ محَلَّ ذلك إذا كان البائعُ جاهِلًا به .

قوله : وإنْ وَطِئَ البِكْرَ ، أو تَعَيَّبَتْ عندَه ، فله الأَرْشُ . يَعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهو إحْدَى الرِّواياتِ . قال ابنُ أبى مُوسى : هى الصَّحِيحَةُ عن أحمدَ . [2]وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ[2] . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ،

---

(١) بعده فى الأصل ، ق ، م : « مالك و » . ولم يذكره فى المغنى فى أصحاب هذا القول ، وإنما ذكره فى الذى بعده . المغنى ٦/٢٣٠ .

(٢ - ٢) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

قال ابنُ أبى مُوسَى : وهو الصَّحِيحُ عن أحمدَ . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، يَرُدُّها ومعها شيءٌ . اخْتَارَها الخِرَقِىُّ . وبه قال شُرَيْحٌ ، وسَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالِكٌ[1] ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو ثَوْرٍ . والواجِبُ رَدُّ ما نَقَصَ قِيمَتَها بالوَطْءِ ، فإذا كانت قِيمَتُها بِكْرًا مائةً ، وثَيِّبًا ثمانِينَ ، رَدَّ معها عِشْرِينَ ؛ لأنَّه بفَسْخِ العَقْدِ يَصِيرُ مَضْمُونًا عليه بقِيمَتِه ، بخِلافِ أرْشِ العَيْبِ الذى يَأْخُذُه المُشْتَرِى . وهذا قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ : يَرُدُّ عُشْرَ ثَمَنِها . وقال سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ : يَرُدُّ عَشَرَةَ دَنانِيرَ . وما قُلْنَاهُ إنْ شاءَ اللهُ أوْلَى . واحْتَجَّ مَن مَنَعَ رَدَّهَا بأنَّ الوَطْءَ نَقَصَ عَيْنَها وقِيمَتَها ، فمَنَعَ الرَّدَّ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا فخَصَاهُ ، فَنَقَصَتْ قِيمَتُه . ووَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُخْرَى ، أنَّه عَيْبٌ حَدَثَ عندَ أحَدِ المُتَبايِعَيْنِ لا للاسْتِعْلامِ ، فأثْبَتَ[2] الخِيَارَ ، كالعَيْبِ الحادِثِ عندَ البائِعِ قبلَ القَبْضِ .

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . وقدَّمَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسى ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » . وعنه ، أنَّه مُخَيَّرٌ بينَ الأَرْشِ وبينَ رَدِّه ، وأَرْشِ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويأْخُذُ الثَّمَنَ . نقَلَها الجماعةُ عن أحمدَ . قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » : عليها الأصحابُ . زادَ فى « التَّلْخيصِ » ، وهى المشْهورَةُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى أشْهَرُهما . واخْتارَها أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ،

---

(١) سقط من : ق ، ر ١ .

(٢) فى م : « فيثبت معه » ..

الشرح الكبير

فصل : وكذلك كلُّ مَبيعٍ كان مَعِيبًا ، ثم حَدَثَ به عَيْبٌ عندَ المُشْتَرِى قبلَ عِلْمِه بالأَوَّلِ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهُما ، ليس له الرَّدُّ ، وله أرْشُ العَيْبِ القَدِيمِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ سِيرِينَ ، والزُّهْرِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ؛ لأَنَّ الرَّدَّ يَثْبُتُ لإِزَالَةِ الضَّرَرِ ، وفى الرَّدِّ على البائعِ إضْرارٌ به ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . والثانيَةُ ، له الرَّدُّ ، ويَرُدُّ أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويَأْخُذُ الثَّمَنَ . وإن شاءَ أمْسَكَهُ وله الأَرْشُ . وبه قال مالِكٌ ، وإسحاقُ . [٢٧٤/٣و] وقال الحَكَمُ : يَرُدُّهُ . ولم يَذْكُرْ معه شيئًا . ولَنا ، حَدِيثُ المُصَرَّاةِ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ أمَرَ بِرَدِّها بعدَ حَلْبِها ورَدِّ عِوَضِ لَبَنِها[1] . ولأَنَّه رُوِىَ عن عثمانَ أَنَّه قَضَى فى الثَّوْبِ ، إذا كان به عَوارٌ[2] ، يَرُدُّه ، وإنْ كان قد لَبِسَه . ولأَنَّه عَيْبٌ حَدَثَ عندَ المُشْتَرِى ، فكان له الخِيارُ بينَ رَدِّ المَبيعِ وأرْشِه ، وبينَ أرْشِ العَيْبِ القَدِيمِ ، كما لو حَدَثَ لاسْتِعْلامِ المَبيعِ . ولأَنَّ العَيْبَيْنِ قد اسْتَوَيَا ، والبائِعُ قد دَلَّسَ ، والمُشْتَرِى لم يُدَلِّسْ ، فكان رِعَايَةُ جَانِبِه أوْلَى .

الإنصاف

والمُصَنِّفُ ، وإليها مَيْلُ الشَّارِحِ . وصَحَّحَها القاضى فى « الرِّوايتَيْن » . واخْتارَها الخِرَقِىُّ فيما إذا لم يُدَلِّسِ العَيْبَ . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقال : هو المذهبُ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَلْزَمُه أيضًا مَهْرُ البِكْرِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ .

(٢) العوار : مثلثة العين ، هو العيب والخرق والشق فى الثوب .

الشرح الكبير

ولأنَّ الرَّدَّ كان جائزًا قبلَ حُدُوثِ العَيْبِ الثانِى ، فلا يَزُولُ إلَّا بدَلِيلٍ ، وليس فى المسألةِ إجْماعٌ ولا نَصٌّ ، والقِياسُ إنَّما يكونُ على أصْلٍ ، وليس لِما ذَكَرُوه أصْلٌ ، فيَبْقَى الجَوازُ بحالِه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه يَرُدُّ أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ؛ لأنَّ المَبِيعَ بجُمْلَتِه مَضْمُونٌ عليه بقِيمَتِه ، فكذلك أجْزاؤُه . فإن زالَ العَيْبُ الحادِثُ عِنْدَه ، رَدَّهُ ولا شئَ معه ، على كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ . وبه قال الشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّه زالَ المانِعُ ، مع قيامِ السَّبَبِ المُقْتَضِى للرَّدِّ ، فثَبَتَ حُكْمُه . ولو اشْتَرَى أمَةً ، فحَمَلَتْ عندَه ، ثم أصابَ بها عَيْبًا ، فالحَمْلُ عَيْبٌ للآدَمِيَّاتِ دونَ غَيْرِهِنَّ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ الوَطْءَ ، ويُخافُ منه التَّلَفُ . فإنْ وَلَدَت ، فالوَلَدُ للمُشْتَرِى . وإنْ نَقَصَتْها الوِلَادَةُ ، فذلك عَيْبٌ . وإنْ لم تَنْقُصْها الوِلَادَةُ ، وماتَ الوَلَدُ ، جازَ رَدُّها ؛ لزَوالِ العَيْبِ . فإنْ كان وَلَدُها باقِيًا ، لم يَكُنْ له رَدُّها دونَ وَلَدِها ؛ لِما فيه مِن التَّفْرِيقِ بينَهما ، وهو مُحَرَّمٌ . وقال الشَّرِيفُ أبو[1] جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « مسائِلِهما » : له رَدُّها دونَ وَلَدِها . وهو قولُ أكثرِ أصحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ ، فأشْبَهَ ما لو وَلَدَتْ حُرًّا ، فإنَّه يَجُوزُ بَيْعُها دونَ وَلَدِها . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بينَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِها ، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَه وبَيْنَ أحِبَّتِه يومَ القِيامَةِ ». رَواهُ التِّرْمِذِىُّ[2] ، وقال: حَدِيثٌ حَسَنٌ .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، أرْشُ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، هو ما نقَصَه مُطْلَقًا . الثَّانِى ، على رِوايَةِ التَّخْيِيرِ ، يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ ، إذا رَدَّه ، أرْشُ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ولو

---

(١) فى م : « ابن » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٠١/١٠ .

الشرح الكبير

ولأنَّه أمْكَنَ دَفْعُ[1] الضَّرَرِ بأَخْذِ الأَرْشِ ، أو بردِّ وَلَدِها معها ، فلم يَجُزِ ارْتِكابُ نَهْيِ الشَّرْعِ بالتَّفْرِيقِ بَيْنَهما ، كما لو أرادَ الإقَالَةَ فيها دونَ وَلَدِها . وقوْلُهم : إنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه . قُلْنا : قد انْدفَعَتِ الحاجَةُ بأَخْذِ الأَرْشِ . أمّا إذا وَلَدَتْ حُرًّا ، فلا سَبِيلَ إلى بَيْعِه معها بحالٍ . ولو كان المَبِيعُ حَيَوانًا غيرَ الآدَمِيِّ ، فحَدَثَ فيه حَمْلٌ عندَ المُشْتَرِى ، لم يَمْنَعِ الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ لأنَّه زِيادَةٌ . وإنْ عَلِمَ بالعَيْبِ بعدَ الوَضْعِ ، ولم تَنْقُصْهُ الوِلادَةُ ، فله رَدُّ الأُمِّ وإمْسَاكُ الوَلَدِ ؛ لأَنَّ التَّفْرِيقَ بينَهما لا يَحْرُمُ . ولا فرْقَ بينَ حَمْلِها قبلَ القَبْضِ وبَعْدَه . ولو اشْتَرَاها حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه ، ثم اطَّلَعَ على عَيْبٍ فرَدَّها ، رَدَّ الوَلَدَ معها ؛ لأنَّه مِن جُمْلَةِ المَبِيعِ ، والزِّيَادَةُ فيه نَماءٌ مُتَّصِلٌ ، فأشْبَهَ ما لو سَمِنَتِ الشّاةُ . وإنْ تَلِفَ الوَلَدُ ، فهو كتَعَيُّبِ [٢٧٤/٣ظ] المَبِيعِ عندَه . فإنْ قلنا : له الرَّدُّ . فعليه قِيمَتُه . وعن أحمدَ ، لا قِيمَةَ عليه للوَلَدِ . وحَمَلَ القاضِى كلامَ أحمدَ على أنَّ البائِعَ دَلَّسَ العَيْبَ . وإنْ نَقَصَتِ الأُمُّ بالوِلادَةِ ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، حُكْمُه حُكْمُ العُيُوبِ الحادِثَةِ . ويُمْكِنُ حَمْلُ كلامِ أحمدَ على أنَّه لا حُكْمَ للحَمْلِ . وهو أحَدُ أقْوالِ الشّافِعِىِّ . فعلى هذا ، يكونُ الوَلَدُ حِينَئِذٍ للمُشْتَرِى ، فلا يَلْزَمُه رَدُّه مع بقَائِه ، ولا قِيمَتُه مع التَّلَفِ . والأَوَّلُ أصَحُّ ، وعليه العَمَلُ .

الإنصاف

أمْكَنَ زَوالُ العَيْبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، لا يَلْزَمُه أرْشُه إذا أمْكَنَ زَوالُه ، كزَوَالِه قبلَ رَدِّه ، وإنْ زالَ بعدَ الرَّدِّ ، ففى رُجوعِ مُشْتَرٍ على بائعٍ بما دفعَه

(١) فى م : « منع » .

الشرح الكبير

فصل : فإنْ كان المَبيعُ كاتِبًا أو صانِعًا ، فنَسِىَ ذلك عندَ المُشْتَرِى ، ثم وَجَدَ به عَيْبًا ، فالنِّسْيانُ عَيْبٌ حادِثٌ ، فهو كغَيْرِه مِن العُيُوبِ . وعنه ، يَرُدُّه ، ولا شئَ عليه . وعَلَّلَه القاضِى بأنَّه ليس بنَقْصٍ فى العَيْنِ ، ويمكنُ عَوْدُه بالتَّذَكُّرِ . قال : وعلى هذا لو كانَ سَمِينًا ، فَهَزَلَ . والقياسُ ما ذَكَرْناهُ ، فإنَّ الصِّناعَةَ والكِتابَةَ مُتَقَوَّمَةٌ تُضْمَنُ فى الغَصْبِ ، وتَلْزَمُ بشَرْطِها فى البَيْعِ ، فأشْبَهَتِ الأَعْيانَ والمَنافِعَ ، مِن السَّمْعِ والبَصَرِ والعَقْلِ ، وإمْكانُ العَوْدِ مُنْتَقِضٌ بالسِّنِّ والبَصَرِ والحَمْلِ . وما رُوِىَ عن أحمدَ محمولٌ على ما إذا دَلَّسَ العَيْبَ .

فصل : وإذا تَعَيَّبَ المَبيعُ (1فى يد1) البائِعِ بعد العَقْدِ ، وكان المَبيعُ مِن ضَمانِه ، فهو كالعَيْبِ القَدِيمِ ، وإنْ كان مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ، فهو كالعَيْبِ الحادِثِ بعدَ القَبْضِ . فأمّا الحادِثُ بعدَ القَبْضِ ، فهو مِن ضمانِ المُشْتَرِى ، لا يُثْبِتُ الخِيارَ . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ . وقال مالِكٌ : عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثَةُ أيّامٍ ، فما أصابَهُ فيها فهو مِن مالِ البائِعِ ، إلَّا فى الجُنُونِ والجُذَامِ والبَرَصِ ، فإنْ تَبَيَّنَ إلى سَنَةٍ ثَبَتَ الخِيارُ ؛ لِما رَوَى الحَسَنُ عن عُقْبَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ جَعَلَ عُهْدَةَ الرَّقِيقِ ثَلاثَةَ أيَّامٍ (2) . ولأنَّه

الإنصاف

إليه احْتِمالان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الذى يَظْهَرُ ، عدَمُ الرُّجُوعِ .

(1 - 1) فى م : « عند » .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب عهدة الرقيق ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2/254 . وابن ماجه عن سمرة بن جندب ، فى : باب عهدة الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه 2/754 . والدارمى ، فى : باب فى الخيار والعهدة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى 2/251 .

المقنع

قَالَ الْخِرَقِىُّ : إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ دَلَّسَ الْعَيْبَ ، فَيَلْزَمُهُ رَدُّ الثَّمَنِ كَامِلًا . قَالَ الْقَاضِى : وَلَوْ تَلِفَ الْمَبِيعُ عِنْدَهُ ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الْبَائِعَ دَلَّسَ الْعَيْبَ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِى رِوَايَةِ حَنْبَلٍ .

الشرح الكبير

إجْمَاعُ أهْلِ المَدِينَةِ ، ولأنَّ الحَيَوانَ يكونُ فيه العَيْبُ ثم يَظْهَرُ . ولَنا ، أنَّه ظَهَرَ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ويَجُوزُ أنْ يكونَ حادِثًا ، فلم يَثْبُتْ به الخِيَارُ ، كسائِرِ المَبِيعِ ، وكما بعدَ الثَّلاثَةِ والسَّنَةِ ، وحَدِيثُهم لا يَثْبُتُ ، قال أحمدُ : ليس فيه حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَثْبُتُ فى العُهْدَةِ حَدِيثٌ ، والحَسَنُ لم يَلْقَ عُقْبَةَ . وإجْماعُ أهْلِ المَدِينَةِ ليس بحُجَّةٍ . والدّاءُ الكامِنُ لا عِبْرَةَ به ، وإنَّما النَّقْصُ بما ظَهَرَ لا بما كَمَنَ .

١٦٣٣ – مسألة : (قال الخِرَقِىُّ : إلَّا أنْ يكونَ البائِعُ دَلَّسَ العَيْبَ ، فَيَلْزَمُه رَدُّ الثَّمَنِ كامِلًا . قال القاضِى : ولو تَلِفَ المَبِيعُ عندَه ، ثم عَلِمَ أنَّ البائِعَ دَلَّسَ العَيْبَ ، رَجَعَ بالثَّمَنِ كُلِّه . نَصَّ عليه فى رِوَايَةِ حَنْبَلٍ) . معنى دَلَّسَ العَيْبَ : أى كَتَمَه عن المُشْتَرِى ، أو غَطَّاهُ عنه بما يُوهِمُ

الإنصاف

قوله : قال الخِرَقِىُّ : إلَّا أنْ يَكونَ البائعُ دلَّسَ العَيْبَ ، فَيَلْزَمُه رَدُّ الثَّمَنِ كامِلًا . وهو المذهبُ . أعْنِى فيما إذا دلَّسَ البائعُ العَيْبَ[1] . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المذهبُ المَنْصُوصُ المَعْروفُ . قال فى « الفُروعِ » : ونَصُّه ، له رَدُّه بلا أرْشٍ إذا دلَّس البائعُ العَيْبَ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا المَنْصُوصُ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يرْجِعُ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ على الأصحِّ . قال فى « الكافِى » : والمَنْصُوصُ أنَّه يرْجِعُ بالثَّمَنِ ، ولا شىءَ عليه . قلتُ : نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبلٍ ، وابنِ القاسِمِ .

(١) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

الْمُشْتَرِىَ عَدَمَه . مُشْتَقٌّ مِن الدُّلْسَةِ ، وهى الظُّلْمَةُ . فكأَنَّ البائعَ يَسْتُرُ العَيْبَ . وكِتْمانُه جَعْلُه فى ظُلْمَةٍ ، فَخَفِىَ على الْمُشْتَرِى ، فلم يَرَه ، ولم يَعْلَمْ به . والتَّدْلِيسُ حَرامٌ ، [٢٧٥/٣و] وقد ذَكَرْناهُ[1] . فَمَتَى فَعَلَه البائعُ ، فلم يَعْلَمْ به الْمُشْتَرِى حتى تَعَيَّبَ المَبِيعُ فى يَدِه ، فله رَدُّ المَبِيعِ ، وأَخْذُ ثَمَنِه كامِلًا ، ولا أَرْشَ عليه ، سَواءٌ كان بفِعْلِ الْمُشْتَرِى ، كوَطْءِ البِكْرِ ، وقَطْعِ الثَّوْبِ ، أو بفِعْلِ آدَمِىٍّ آخَرَ ، مثلَ أنْ يَجْنِىَ عليه ، أو بفِعْلِ العَبْدِ ، كالسَّرِقَةِ ، أو بفِعْلِ اللهِ تَعالَى ؛ كالمرضِ[2] . وسَواءٌ كان ناقِصًا للمَبِيعِ ، أو مُذْهِبًا لجُمْلَتِه . قال أحمدُ - فى رَجُلٍ اشْتَرَى عَبْدًا ، فأَبَقَ ، وأقامَ البَيِّنَةَ أنَّ إباقَه كان مَوْجُودًا فى يَدِ البائعِ : يَرْجِعُ على البائعِ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه غَرَّ الْمُشْتَرِىَ ، ويَتْبَعُ البائعُ عَبْدَه حيثُ كانَ . ويُحْكَى هذا عن الحَكَمِ ، ومالِكٍ ؛ لأنَّه غَرَّه ، فيَرْجِعُ عليه ، كما لو غَرَّهُ بحُرِّيَّةِ أَمَةٍ .

الإنصاف

وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحاوِى » . قال القاضى : ولو تَلِفَ المَبِيعُ عندَه ، ثم عَلِمَ أنَّ البائعَ دلَّسَ العَيْبَ ، رجَع بالثَّمَنِ كلِّه . نصَّ عليه فى روايَةِ حَنْبَلٍ . قال الإمامُ أحمدُ ، فى رَجُلٍ اشْتَرى عَبْدًا فأَبَقَ ، وأَقامَ البَيِّنَةَ ؛ أنَّ إباقَه كان مَوْجُودًا فى يَدِ البائعِ . يَرْجِعُ على البائعِ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه غَرَّ المُشْتَرِىَ ، ويَتْبَعُ البائعُ عَبْدَه حيثُ كان . انتهى . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ الذى لا يُعْدَلُ عنه . فعلى هذا ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » : سواءٌ كان التَّلَفُ مِن فِعْلِ اللهِ ، أو مِن

---

(١) فى صفحة ٣٦٤ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ عِوَضُ الْعَيْنِ إِذَا تَلِفَتْ ، وَأَرْشُ الْبِكْرِ إِذَا وَطِئَهَا ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » . وَكَمَا يَجِبُ عِوَضُ لَبَنِ الْمُصَرَّاةِ عَلَى الْمُشْتَرِى .

الشرح الكبير

قال شَيْخُنا : (ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه عِوَضُ العَيْنِ إذا تَلِفت ، وأرْشُ البِكْرِ إذا وَطِئَها ؛ لقَوْلِه عليه السلامُ : « الخَرَاجُ بالضَّمانِ »[1] . وكما يَجبُ عِوَضُ لَبَنِ المُصَرَّاةِ على المُشْتَرِى) مع كَوْنِه قد نَهَى عن التَّصْرِيَةِ ، وقال : « بَيْعُ المُحَفَّلاتِ خِلَابَةٌ ، ولا تَحِلُّ الخِلَابَةُ لمُسْلِمٍ »[2] . وقد جَعَلَ الشَّارِعُ الضَّمانَ عليه لوُجُوبِ الخَرَاجِ ، فلو كان ضَمانُه على البائعِ ، لكانَ الخَراجُ له ؛ لوُجُودِ عِلَّتِه ، ولأنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ على البائعِ لا يَثْبُتُ إلَّا بنصٍّ أو إجْماعٍ ، ولا نَعْلَمُ لهذا أَصْلًا . ولا يُشْبهُ هذا التَّغْرِيرَ

الإنصاف

المُشْتَرِى ، أو مِن فِعْلِ أجْنَبِىٍّ ، أو مِن فِعْلِ[3] العَبْدِ ، وسواءٌ كان مُذْهِبًا للجُمْلَةِ أو بعضِها . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : لم يَنُصَّ أحمدُ على جِهاتِ الإتْلافِ ، والمَنْقُولِ فى الإِباقِ . انتهى . وقال فى « القَواعِدِ » : وهذا التَّفْصِيلُ ، بينَ أنْ يكونَ التَّلَفُ بانْتِفاعِه ، أو بفِعْلِ اللهِ ، كما حمَلَ القاضى عليه رِوايَةَ ابنِ مَنْصُورٍ ، أَصَحُّ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أبى بَكْرٍ . قال المُصَنِّفُ هنا : ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه عِوَضُ العَيْنِ إذا تَلِفَتْ ، وأَرْشُ البِكْرِ إذا وَطِئَها ؛ لقَوْلِه ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ : « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » . وكما يجبُ عِوَضُ لَبَنِ المُصَرَّاةِ . يعْنِى بهذا الاحْتِمالِ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠١/١٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ .

(٣) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ ، أَوْ [٩٨ظ] تَلِفَ الْمبيعُ ، رَجعَ بأَرْشِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِعَيْبِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَهُ . وَإِنْ فَعَلَهُ

الشرح الكبير

بحُرِّيَّةِ الأَمَةِ فى النِّكاحِ ؛ لأَنَّه يَرْجِعُ على مَنْ غَرَّه وإنْ لم يَكُنْ سَيِّدَ الأَمَةِ ، وهٰهُنا لو كان التَّدْلِيسُ مِن وكيلِ البائعِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ . نَصَّ عليه .

١٦٣٤ – مسألة : (وإنْ أَعْتَقَ العبدَ ، أو تَلِفَ المَبِيعُ ، رَجَع بأَرْشِه . وكذلك إنْ باعَه غيرَ عالِمٍ بعَيْبِه . (١نَصَّ عليه١) . وكذلك إنْ

الإنصاف

إذا دَلَّسَ البائعُ العَيْبَ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا هو الصَّوابُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، وحَكاه رِوايَةً ، وكذلك صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، لكِنَّه إنَّما حَكاها فى التَّلَفِ فى أنَّ المُشْتَرِىَ لا يرْجِعُ إلَّا بالأَرْشِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والثَّمانِين » : وحكَى طائفَةٌ مِنَ المُتَأَخِّرين رِوايَةً بذلك .

فائدة : لو كانَ كاتِبًا أو صائغًا ، فنَسِىَ ذلك عندَ المُشْتَرِى ، فهو عَيْبٌ حدَث . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وعنه ، يَرُدُّه مجَّانًا . ونصَّ عليه فى الكِتابَةِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقال : نصَّ عليه .

قوله : وإنْ أَعْتَقَ العَبْدَ – أىْ غيرَ عالمٍ بعَيْبِه – رجَع بأَرْشِه . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ ، ويكونُ مِلْكًا له . وهو المذهبُ مُطْلَقًا ، [٢/٨١ظ] وعليه الأصحابُ .

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ق ، م .

المقنع عَالِمًا بِعَيْبِهِ ، فَلَا شَىْءَ لَهُ .

الشرح الكبير وَهَبَه . وإن فَعَلَه عالِمًا بِعَيْبِه ، فلا شىءَ له) إذا زَالَ مِلْكُ المُشْتَرِى عن المَبِيعِ بعِتْقٍ ، أو مَوْتٍ ، أو وَقْفٍ ، أو قَتْلٍ ، أو تَعَذَّرَ الرَّدُّ لاسْتِيلادٍ ونحوِه ، قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، فله الأَرْشُ . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . إلَّا أَنَّ أبا حَنِيفَةَ قال فى المَقْتُولِ خاصّةً : لا أَرْشَ له ؛ لأَنَّه زال مِلْكُه بفِعْلٍ مَضْمُونٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ . ولَنا ، أَنَّه عَيْبٌ لم يَرْضَ به ، و لم يَسْتَدْرِكْ ظُلَامَتَه ، فكان له الأَرْشُ ، كما لو أَعْتَقَهُ . والبَيْعُ مَمْنُوعٌ ، وإنْ سُلِّمَ ، فقد اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَه فيه . وأمّا الهِبَةُ ، فعن أحمدَ فيها رِوايتان ؛ إحْداهما ، أنَّها كالبيعِ ؛ لأَنَّه لم يَيْأَسْ مِن إمكانِ الرَّدِّ ، لاحتمالِ رُجُوعِ المَوهُوبِ إليه . والثانيةُ ، له الأَرْشُ . وهو أَوْلَى . و لم يَذْكُرِ القاضى غَيْرَها ؛ لأَنَّه لم يَسْتَدْرِكْ ظُلامَتَه ، أشْبَهَ الوَقْفَ ، وإمْكانُ الرَّدِّ ليس بمانِعٍ

الإنصاف قال جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرُهما . وإنْ أَعْتَقَه عن واجِبٍ ، وعَيْبُه لا يَمْنَعُ الإِجْزاءَ ، فله أَرْشُه . وعنه ، إنْ أَعْتَقَه عن واجِبٍ ، جعَل الأَرْشَ فى الرِّقابِ ، وإنْ كان عن غيرِ واجِبٍ ، كان له . وحكَى جماعةٌ ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، هذه الرِّوايَةَ مُطْلَقًا . يعْنِى ، سواءٌ كان العِتْقُ عن واجِبٍ أو غيرِه ، فإنَّ الأَرْشَ يكونُ فى الرِّقابِ . ورَدَّه القاضى وغيرُه . قال فى « الفُروعِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ لا أَرْشَ . ويتَخرَّجُ مِن خِيارِ الشَّرْطِ ، أنْ يفْسَخَ ، ويَغْرَمَ القِيمَةَ . ذكَرَه كثيرٌ مِنَ الأصحابِ .

تنبيه : فى قولِه : وإنْ أَعْتَقَ العَبْدَ . إشارَةٌ إلى أنَّه لو عتَق عليه للقَرابَةِ ، لا أَرْشَ له . وهو صحيحٌ . وجزَم به فى « الفُروعِ » . قلتُ : لو قيلَ بوُجوبِ الأَرْشِ لَكانَ

الشرح الكبير

مِن أَخْذِ الأَرْشِ عندنا ، بدَلِيلِ ما قبلَ الهِبَةِ . وإنْ أكَلَ الطَّعَامَ ، أو لَبِسَ الثَّوْبَ فأتْلَفَه ، رَجَعَ بأرْشِه . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَرْجِعُ بشيءٍ ؛ لأنَّه أَهْلَكَ العَيْنَ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ العَبْدَ . ولَنا ، أنَّه ما اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَه ، ولا رَضِيَ بالعَيْبِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه مِن الأَرْشِ ، كما لو تَلِفَ [٢٧٥/٣ ظ] بفِعْلِ اللهِ تعالَى .

فصل : إذا باعَ المُشْتَرِى المَبِيعَ قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، فله الأَرْشُ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يُوَفِّه ما أَوْجَبَه له العَقْدُ ، و لم يُوجَدْ منه الرِّضَا به ناقِصًا ، فكان له الرُّجُوعُ عليه ، كما لو أَعْتَقَه . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ

الإنصاف

مُتَّجِهًا ، بل فيه قُوَّةٌ .

قوله : وتَلِفَ المَبِيعُ ، رجَع بأَرْشِه . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . ويتَخَرَّجُ أنْ يفْسَخَ ويغْرَمَ القِيمَةَ . وخرَّج القاضى فى « خِلافِه » ، أنَّه يَمْلِكُ الفَسْخَ ، ويَرُدُّ بدَلَها مِن رَدِّ المُشْتَرِى أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، وذكَر أنَّه قِياسُ المذهبِ . وتابَعَه عليه أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » . وجزَم به ابنُ عَقِيلٍ فى « فُصُولِه » مِن غيرِ خِلافٍ . وقال ابنُ رَجَبٍ ، عن المذهبِ : هو ضعيفٌ . ذكَره فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والخَمْسِين » .

قوله : وكذلك إنْ باعَه غيرَ عالِمٍ بعَيْبِه . يعْنِى له الأَرْشُ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . ويتَخَرَّجُ مِن خِيارِ الشَّرْطِ ، أنْ يفْسَخَ ويغْرَمَ القِيمَةَ . وذكَر أبو الخَطَّابِ رِوايَةً أُخْرَى ، فى مَن باعَه ؛ ليس له

الشرح الكبير

أنَّه لا أرْشَ له ، سواءٌ باعَهُ عالِمًا بِعَيْبِهِ[1] أو غيرَ عالِمٍ . وهذا مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّ امْتِناعَ الرَّدِّ كان بِفِعْلِه ، فأشْبَهَ ما لو أتْلَفَ المَبِيعَ ، ولأنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه بِبَيْعِه ، فلم يكُنْ له أرْشٌ ، كما لو زالَ العَيْبُ .

فصل : وإن باعَهُ عالِمًا بعَيْبِه ، أو وَهَبَه ، أو أعْتَقَه ، أو وَقَفَه ، أو اسْتَوْلَدَ

الإنصاف

شىءٌ إلَّا أنْ يُرَدَّ إليه المَبِيعُ ، فيكونَ له حِينَئذٍ الرَّدُّ أو الأَرْشُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُهم . وكذلك إنْ أخَذ المُشْتَرِى الثَّانى مِنَ المُشْتَرِى الأَوَّلِ الأَرْشَ ، فله الأَرْشُ مِنَ البائعِ الأَوَّلِ .

فائدة : لو باعَه المُشْتَرِى لبائعِه ، كان له رَدُّه على البائعِ الثَّانِى ، ثم للثَّانِى رَدُّه عليه . وفائِدَتُه ، اخْتِلافُ الثَّمَنَيْن . وهذا المذهبُ . وفيه[2] احْتِمالٌ ، أنْ[2] لا رَدَّ هنا .

قوله : وَكذلِكَ إنْ وهَبَه . أىْ غيرَ عالمٍ بالعَيْبِ . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهو المذهبُ . جزَم به القاضى وغيرُه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، الهِبَةُ كالبَيْعِ ، فيها الرِّوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » . ويتَخرَّجُ مِن خِيارِ الشَّرْطِ ، أنْ يفْسَخَ ، ويَغْرَمَ القِيمَةَ .

فائدة : حيثُ زالَ مِلْكُه عنه ، وأخَذ الأَرْشَ ، فإنَّه يُقْبَلُ قوْلُه فى قِيمَتِه . ذكَرَه فى « المُنْتَخَبِ » ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ فعَلَه عالِمًا بعَيْبِه ، فلا شىءَ له . وكذا لو تصَرَّفَ فيه بما يدُلُّ على الرِّضَى ، أو عرَضَه للبَيْعِ ، أوِ اسْتَغَلَّه . وهو المذهبُ فى ذلك كلِّه ، وعليه جماهيرُ

(1) فى م : « بيعه » .

(2 - 2) فى الأصل ، ط : « احتمالان » .

المقنع

وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى فِي مَنْ بَاعَهُ ، لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُرَدَّ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ ، فَيَكُونُ لَهُ حِينَئِذٍ الرَّدُّ أَوِ الْأَرْشُ .

الشرح الكبير

الأَمَةَ ، ونحوَه ، فلا شئَ له . ذكَرَه القاضِى ؛ لأنَّ تَصرُّفَه فيه مع عِلْمِه بالعَيْبِ يَدُلُّ على رِضاهُ به ، أَشْبَهَ ما لو صَرَّحَ بالرِّضَا . قال شيخُنا[1] : وقِياسُ المَذْهَبِ ، أنّ له الأَرْشَ بكُلِّ حالٍ ، وقد رُوِىَ عن أحمدَ فيما إذا باعَهُ أو وَهَبَه ؛ لأنَّا خَيَّرْناهُ ابْتِداءً بينَ رَدِّهِ وإمْسَاكِه مع الأَرْشِ ، فَبَيْعُه والتَّصرُّفُ فيه بمَنْزِلَةِ إمْسَاكِه ، ولأنَّ الأَرْشَ عِوَضُ الجُزْءِ الفائِتِ مِن المَبيعِ ، فلم يَسْقُطْ بِبَيْعِه ، كما لو باعَهُ عَشَرَةَ أقْفِزَةٍ ، وسَلَّمَ إليه تِسْعَةً ، فَباعَها المُشْتَرِى . وقَوْلُهم : إنّه اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَه . لا يَصِحُّ ، فإنَّ ظُلامَتَه مِن البائِعِ ، ولم يَسْتَدْرِكْها منه ، وإنَّما ظُلِمَ المُشْتَرِى الثانِى ، فلا يَسْقُطُ حَقُّه بذلك مِن الظالِمِ له . وهذا هو الصَّحِيحُ من قولِ مالِكٍ (وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى فى مَن باعَهُ ، ليس له شئٌ إلَّا أنْ يُرَدَّ عليه المَبِيعَ ،

الإنصاف

الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وذكَرَه ابنُ أبى مُوسى ، والقاضى ، وغيرُهما ، واخْتَلَفَ كلامُ ابنِ عَقِيلٍ فيه . وعنه ، له الأَرْشُ فى ذلك كلِّه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » : وهو أظْهَرُ ؛ لأنَّه ، وإنْ دلَّ على الرِّضَى ، فمَع الأَرْشِ كإمْساكِه . قال فى « القاعِدَةِ العاشِرَةِ بعدَ المِائَةِ » : هذا قَوْلُ ابنِ عَقِيلٍ . وقال عن القَوْلِ الأوَّلِ : فيه بُعْدٌ . قال المُصَنِّفُ : وقِياسُ المذهبِ ، أنَّ له الأَرْشَ بكلِّ حالٍ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : وذهَب إليه بعضُ أصحابِنا . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » : ونصَّ عليه فى الهِبَةِ والبَيْعِ .

---

(١) فى : المغنى ٦/٢٤٣ .

الشرح الكبير

فيكونُ له حِينَئِذٍ الرَّدُّ أو الأَرْشُ) لأنَّه إذا باعَهُ فقد اسْتَدرَكَ ظُلامَتَه . فعلى هذا ، إذا عَلِمَ به المُشْتَرِى الثانى ، فَرَدَّهُ به ، أو أَخذَ أَرْشَه منه ، فللأوَّلِ أخْذُ أَرْشِه . وهو قولُ الشّافِعِىِّ إذا امْتَنع على المُشْتَرِى الثانى رَدُّه بعَيْبٍ حَدَثَ عِنْدَه ؛ لأنه لم يَسْتَدْرِكْ ظُلامَتَه . وكُلُّ واحِدٍ مِن المُشْتَرِيَيْن يَرْجِعُ بحِصَّةِ العَيْبِ مِن الثَّمَنِ الذى اشْتَراهُ به ، على ما تَقدَّمَ .

فصل : وإذا رَدَّها المُشْتَرِى الثانى على الأَوَّلِ ، وكان الأَوَّلُ باعَها عالِمًا بالعَيْبِ ، أو وُجِدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا به ، فلَيْسَ له رَدُّه ؛ لأَنَّ تَصرُّفَه رِضًا بالعَيْبِ ، وإنْ لم يَكُنْ عَلِم ، فله رَدُّه على بائِعِه . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : ليس له رَدُّه ، إلَّا أنْ يكونَ المُشْتَرِى فَسَخَ بحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه سَقَطَ حَقُّه مِن الرَّدِّ بِبَيْعِه ، فأَشْبَهَ ما لو عَلِمَ بعَيْبِه . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَه اسْتِدْرَاكُ ظُلامَتِه برَدِّه ، فملَكَ ذلك ، كما لو فَسَخَ الثانى بحُكْمِ حاكِمٍ ، أو كما لو لم يَزُلْ مِلْكُه عنه ، ولا نُسَلِّمُ سقُوطَ حَقِّه ، وإنَّما امْتَنَعَ لعَجْزِه عن رَدِّهِ ، فإذا عادَ إليه ، زالَ المانِعُ ، فظَهَرَ جوازُ الرَّدِّ ، كما لو امْتَنَعَ الرَّدُّ لغَيْبَةِ البائِعِ ، أو لمَعْنًى آخَرَ . وسَواءٌ رَجَعَ إلى المُشْتَرِى الأَوَّلِ بالعَيْبِ الأَوَّلِ ، أو بإقالَةٍ ، أو هِبَةٍ ، أو شراءٍ ثانٍ ، أو ميراثٍ ، فى ظاهِرِ كلامِ القاضِى . وقال أصْحابُ [٣/٢٧٦و] الشّافِعِىِّ : إنْ رَجَعَ بغيرِ الفَسْخِ بالعَيْبِ الأَوَّلِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهُما ، ليس له رَدُّه ؛ لأنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه بِبَيْعِه ، و لم يَزُلْ بفَسْخِه[1] . ولَنا ، أنَّ سَبَبَ اسْتِحْقَاقِ الرَّدِّ قائِمٌ ،

الإنصاف ....

(١) فى الأصل ، ق ، م : « فسخه » .

الشرح الكبير

وإنَّما امْتَنَعَ لتَعذُّرِه بزوالِ مِلْكِه ، فإذا زالَ المانِعُ وَجَبَ أنْ يجوزَ الرَّدُّ ، كما لو رَدَّ عليه بالعَيْبِ . فعلى هذا ، إذا باعَها المُشْتَرِى لبائِعِها الأَوَّلِ ، فوَجَدَ بها عَيْبًا كان مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ الأَوَّلِ ، فله الرَّدُّ على البائعِ الثانى ، ثم للثانى رَدُّه عليه . وفائِدَةُ الرَّدِّ هـٰهُنا اخْتِلافُ الثَّمَنَيْنِ ، فإنّه قد يكونُ الثّمَنُ الثانِى أكْثَرَ .

فصل : وإنِ اسْتَغَلَّ المُشْتَرِى المَبِيعَ ، أو عَرَضَهُ على البَيْعِ ، أو تَصَرَّفَ فيه تَصَرُّفًا دالًّا على الرِّضَا به ، قبلَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، لم يَسْقُطْ خِيارُه ؛ لأنَّ ذلك لا يَدُلُّ على الرِّضَا به مَعِيبًا . وإنْ فَعَلَه بعدَ عِلْمِهِ بعَيْبِه ، بَطَلَ خِيارُه فى قولِ عامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : كان الحَسَنُ ، وشُرَيْحٌ ، وعُبَيْدُ اللهِ بنُ الحَسَنِ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، يقولُون : إذا اشْتَرَى سِلْعَةً ، فعَرَضَها على البَيْعِ بعدَ عِلْمِه بالعَيْبِ ، بَطَلَ خِيارُه . وهذا قَوْلُ الشّافِعِىِّ . ولا أعْلَمُ فيه خِلافًا . فأمّا الأَرْشُ ، فقال ابنُ أبى مُوسَى : لا يَسْتَحِقُّه أيْضًا . وقد ذَكَرْنَا أنَّ قِياسَ المَذْهَبِ اسْتِحْقَاقُ الأَرْشِ . قال أحمدُ : أنا أقولُ : إذا اسْتَخْدَمَ العَبْدَ ، فأرَادَ نُقْصانَ العَيْبِ ، فله ذلك . فأمّا إنِ احْتَلَبَ اللَّبَنَ الحادِثَ بعدَ العَقْدِ ، لم يَسْقُطْ رَدُّه ؛ لأَنَّ اللَّبَنَ له ، فملَكَ اسْتِيفاءَه مِن المَبِيعِ الذى يُرِيدُ رَدَّه . وكذلك إنْ رَكِبَ الدّابَّةَ لِيَنْظُرَ سَيْرَها ، أو اسْتَخْدَمَ الأَمَةَ ليَخْتَبِرَها ، أو لَبِسَ القَمِيصَ ليَعْرِفَ قَدْرَه ، لم يَسْقُطْ خِيارُه ؛ لأَنَّ ذلك ليس برِضًا بالمَبِيعِ ، ولهذا لا يَسْقُطُ به خِيَارُ الشَّرْطِ . وإن اسْتَخْدَمَها لغيرِ ذلك اسْتِخْدامًا كثيرًا ،

الشرح الكبير

بَطَلَ رَدُّه ، وإنْ كان يَسِيرًا لا يَخْتَصُّ[1] المِلْكَ ، لم يَبْطُلِ الخِيَارُ . قيل لأحمدَ : إنَّ هؤلاءِ يَقُولُونَ : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، فاسْتَخْدَمَه ، بأنْ يَقُولَ : ناوِلْنِى هذا الثَّوْبَ . بَطَلَ خِيارُه . فأنْكَرَ ذلك ، وقال : مَن قال هذا ؟ أو[2] : مِن أينَ أَخَذُوا هذا ؟ ليس هذا برِضًا حتى يكونَ شىءٌ يَبِينُ ويَطُولُ . وقد نُقِلَ عنه فى بُطْلَانِ خِيارِ الشَّرْطِ بالاسْتِخْدامِ رِوَايَتَانِ ، فكذلك يُخَرَّجُ هـٰهنا .

فصل : فإن أبَقَ العَبْدُ ، ثم عَلِمَ عَيْبَه ، فله أَخْذُ أَرْشِه . فإن أَخَذَه ثم قَدَرَ على العَبْدِ ، فإن لم يكُنْ مَعْرُوفًا بالإِباقِ قبلَ البَيْعِ ، فقد تَعَيَّبَ عندَ المُشْتَرِى ، فهل يَمْلِكُ رَدَّه ورَدَّ أَرْشِ العَيْبِ الحادِثِ عندَه والأَرْشِ الذى أَخَذَه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإنْ كان آبِقًا ، فله رَدُّه ورَدُّ ما أَخَذَه مِن الأَرْشِ وأَخْذُ ثَمَنِه . وقال الثَّوْرِىُّ ، والشّافِعِىُّ : ليس للمُشْتَرِى أَخْذُ أَرْشِه ، سواءٌ قَدَرَ على رَدِّه أو عَجزَ عنه ، إلَّا أنْ يَهْلِكَ ؛ لأنَّه [٣/٢٧٦ظ] لم يَيْأَسْ مِن رَدِّه ، فهو كما لو باعَه . ولَنا ، أنَّه مَعِيبٌ لم يَرْضَ به ، ولم يَسْتَدْرِكْ ظُلَامَتَه فيه ، فكان له أَرْشُه ، كما لو أَعْتَقَه ، وفى البَيْعِ اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، بخلافِ مسأَلتِنا .

فصل : إذا اشْتَرَى عَبْدًا فأَعْتَقَه ، ثُمَّ عَلِمَ به عَيْبًا ، فأَخَذَ أَرْشَه ، فهو له . وعنه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَجْعَلُه فى الرِّقابِ . وهو قولُ الشَّعْبِىِّ[3] ؛

الإنصاف ....

(١) فى م : « ينقص » .

(٢) بعده فى م : « قال » .

(٣) فى المغنى ٦/٢٥٠ : « الشافعى » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ بَعْضَهُ ، فَلَهُ أَرْشُ الْبَاقِى . وَفِى أَرْشِ الْمَبِيعِ الرِّوَايَتَانِ . وَقَالَ الْخِرَقِىُّ : لَهُ رَدُّ مِلْكِهِ مِنْهُ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، أَوْ أَرْشُ الْعَيْبِ بِقَدْرِ مِلْكِهِ فِيهِ .

الشرح الكبير

لأنَّه مِن جُمْلَةِ الرَّقَبَةِ التى جَعَلَها اللهُ ، فلا يَرْجِعُ إليه شىءٌ مِن بَدَلِها . ولَنا أنَّ العِتقَ إنّما صادَفَ الرَّقَبَةَ المَعيبَةَ ، والجُزْءُ الذى أَخذَ بَدلَه ما تناوَلَهُ عِتقٌ ، ولا كانَ مَوْجُودًا ، وليس الأَرْشُ بَدَلًا عن العَبْدِ ، إنّما هو عن جُزْءٍ مِن الثَّمَنِ جُعِلَ مُقابِلًا للجُزْءِ الفائِتِ ، فلَمّا لم يُحَصِّلْ ذلك الجُزْءَ مِن المَبِيعِ ، رَجَعَ بقَدْرِه مِن الثَّمَنِ لا مِن قِيمَةِ العَبْدِ . وكلامُ أحمدَ فى الرِّوايَةِ الأُخرَى يُحْمَلُ على اسْتِحْبابِ ذلك ، لا على وُجوبِه . قال القاضِى : إنَّما الرِّوايَتانِ فيما إذا أَعْتَقَه عن كَفَّارَته ؛ لأنَّه إذا أعْتَقَه عن الكَفَّارَةِ لا يَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ إليه شىءٌ مِن بدلِها[1] ، كالمُكَاتَبِ إذا أدَّى بعضَ كِتابَتِه . ولَنا ، أنَّه أرْشُ عَبْدٍ أعْتَقَه ، فهو كما لو تَبَرَّعَ بعِتْقِه .

١٦٣٥ – مسألة : (وإنْ باعَ بَعْضَه فله أرْشُ الباقِى . وفى أرْشِ المَبِيعِ الرِّوَايَتَانِ . وقال الخِرَقِىُّ : له رَدُّ مِلْكِه منه بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، أو[2] أرْشُ العَيْبِ بقَدْرِ مِلْكِه فيه) إذا باعَ بَعْضَ المَبِيعِ ، ثم ظَهَرَ على عَيْبٍ ، فله أَرْشُ الباقِى ؛ لأنَّه كان له ذلك ، والأَصْلُ فى كُلِّ ثابتٍ بَقاؤُه .

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَ بعضَه ، فله أَرْشُ الباقِى . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ فى الباقِى .

(١) فى م : « بدله » .
(٢) فى ق : « و » .

الشرح الكبير

وفى أرْشِ المَبيعِ ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ ، فيما إذا باعَ الجَمِيعَ . فإنْ أرادَ رَدَّ الباقى بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهُما ، له ذلك . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ؛ لأنَّه مَبيعٌ رَدُّه مُمْكِنٌ ، أشْبَهَ ما لو كانَ الجَمِيعُ باقِيًا . والأُخْرَى ، لا يَجُوزُ . وهى الصَّحِيحَةُ إذا كان المَبِيعُ عَيْنًا واحِدَةً ، أو عَيْنَيْنِ يَنْقُصُهما التَّفْرِيقُ ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ على البائعِ بنَقْصِ القِيمَةِ ، أو ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وامْتِناعِ الانْتِفاعِ بها على الكَمالِ ، كوَطْءِ الأَمَةِ ، ولُبْسِ الثَّوْبِ . وبهذا قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقد ذَكَرَ أصْحابُنا فى غيرِ هذا المَوْضِعِ ، فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ يَنْقُصُهما التَّفْرِيقُ ، أنَّه لا يَجُوزُ رَدُّ إحْداهُما وَحْدَها ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ ، وفيما

الإنصاف

وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وصحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال المُصَنِّفُ والشَّارِحُ : وذلك إذا كان المَبِيعُ عَيْنًا واحدَةً أو عَيْنَيْن يُنْقِصُهما التَّفْرِيقُ . (1ثم قالا : وقد ذكَر أصحابُنا فى غيرِ هذا المَوْضِعِ ، فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْن يَنْقُصُهما التَّفْريقُ1) ، لا يجوزُ رَدُّ أحَدِهما وحدَه . وإنْ كان المَبِيعُ عَيْنَيْن لا يَنْقُصُهما التَّفْريقُ ، فهل له رَدُّ العَيْنِ الباقِيَةِ فى مِلْكِه ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْن فى تَفْريقِ الصَّفْقَةِ . وحمَلَا كلامَ الخِرَقِىِّ على ما إذا دلَّس البائعُ العَيْبَ ، كما تقدَّم . انتهيا . وعنه ، رَدُّه بقِسْطِه . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . وهو قَوْلُ المُصَنِّفِ . وقال الخِرَقِىُّ : له رَدُّ مِلْكِه منه بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ ، أو أَرْشِ العَيْبِ بقَدْرِ مِلْكِه منه . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : والمَنْصُوصُ جَوازُ الرَّدِّ ، كما قال الخِرَقِىُّ . وبَنَى القاضى ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ ، وغيرُهما

(1 – 1) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

إذا اشْتَرَى مَعِيبًا وتَعَيَّبَ عندَه ، أنَّه لا يَمْلِكُ رَدَّهُ إلَّا أنْ يَرُدَّ أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، فكذلك لا يَجُوزُ أنْ يَرُدَّهُ فى مسألتِنا مَعِيبًا بعَيْبِ الشَّرِكَةِ أو نَقْصِ القِيمَةِ ، بغيرِ شىءٍ . وما ذَكَرَه الخِرَقِىُّ يُحْمَلُ على ما إذا دَلَّسَ البائِعُ العَيْبَ ، على ما ذَكَرْنا فيما مَضَى . وإنْ كان المَبِيعُ عَيْنَيْنِ لا يَنْقُصُهُما التَّفْرِيقُ ، فهل له رَدُّ الباقِيَةِ فى مِلْكِه ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوَايَتَيْنِ فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . قال القاضِى : المسألةُ مَبْنِيَّةٌ على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، سَوَاءٌ كان المَبِيعُ عَيْنًا واحِدَةً أو عَيْنَيْنِ . والتَّفْصِيلُ الذى ذَكَرْناه أوْلَى .

الإنصاف

الرِّوايَتَيْن على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . قال القاضى : وسَواءٌ كان المَبِيعُ عَيْنًا واحدةً أو عَيْنَيْن . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والتَّفْصِيلُ الذى ذكَرْنا أوْلَى . ومَثَّلَ ابنُ الزَّاغُونِىِّ بالعَيْنَيْن [٢/ ٨٢و] .

فائدة : قولُ الخِرَقِىِّ : ولو باعَ المُشْتَرِى بعضَها . قال الزَّرْكَشِىُّ : يَحْتَمِلُ أنْ يعُودَ الضَّمِيرُ إلى بعضِ السِّلْعَةِ المَبِيعَةِ . وعلى هذا شرَح ابنُ الزَّاغُونِىِّ ، فإذَنْ يكونُ اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ جوازَ رَدِّ الباقِى . وكذا حكَى أبو محمدٍ عنه . وعلى هذا ، إنْ حصَل بالتَّشْقِيصِ ، رَدَّ أَرْشَه ، مِن كلامِه السَّابقِ ، إلَّا مع التَّدْليسِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَرْجِعَ إلى بعضِ السِّلْعَةِ المُدَلَّسَةِ . وعلى هذا ، لا يكونُ فى كلامِه تعَرُّضٌ لرَدِّ الباقِى فيما إذا كان المَبِيعُ غيرَ مُدَلَّسٍ . انتهى .

قوله : وفى أَرْشِ المَبِيعِ الرِّوَايَتان . يعْنِى ، الرِّوايَتَيْن المُتقَدِّمَتَيْن فيما إذا باعَ الجميعَ غيرَ عالِمٍ بعَيْبِه . وتقدَّم أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . ونصَّ الإمامُ أحمدُ هنا ، لا شَىْءَ له مع تَدْلِيسِه .

المقنع

وَإِنْ صَبَغَهُ ، أَوْ نَسَجَهُ ، فَلَهُ الْأَرْشُ . وَعَنْهُ ، لَهُ الرَّدُّ ، وَيَكُونُ شَرِيكًا بِصَبْغِهِ وَنَسْجِهِ .

الشرح الكبير

١٦٣٦ - مسألة : (وإنْ صَبَغه ، أو [٢٧٧/٣و] نَسَجَهُ ، فله الأَرْشُ) ولا رَدَّ له فى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ ، فيما إذا صَبَغه . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ فيه ضَرَرًا على البائِعِ ، وتَشُقُّ المُشَارَكَةُ ، فلم تَجُزْ ، كما لو فَصَّلَه وخَاطَهُ ، أو خَلَطَ المَبِيعَ بما لا يَتَمَيَّزُ منه (وعنه ، له الرَّدُّ ، ويكونُ شَرِيكًا) للبائِعِ بقِيمَةِ الصَّبْغِ والنَّسْجِ ؛ لأنَّه رَدَّ المَبِيعَ بعَيْنِه ، أَشْبَهَ ما لو لم يَصْبُغْهُ و لم يَنْسِجْه . ومَتَى رَدَّه لَزِمَتِ الشَّرِكَةُ ضَرُورَةً . وعنه ،

الإنصاف

قوله : وإنْ صبَغَه أو نسَجَه ، فله الأَرْشُ . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهذا المذهبُ . قال فى « الكافِى » : هذا المذهبُ . قال فى « الفائقِ » : تعَيَّنَ الأَرْشُ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « إدْراكِ الغَايَةِ » ، وغيرِهم . وعنه ، له الرَّدُّ ، ويكونُ شَرِيكًا بصَبْغِه ونَسْجِه . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، لا يُجْبَرُ البائعُ على بَذْلِ عِوَضِ الزِّيادَةِ ، ولا يُجْبَرُ المُشْتَرِى على قَبُولِه لو بذَلَه البائعُ . على الصَّحيحِ فيهما . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، فى الأُولَى . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، فى الثَّانيةِ ، وفى الأُولَى رِوايَةٌ ، يُجْبَرُ . قال الشَّارِحُ : وهو بعيدٌ . وفى الثَّانيةِ وَجْهٌ ، يُجْبَرُ أيضًا .

الشرح الكبير

يَرُدُّه ، ويَأْخُذُ زِيادَتَه بالصَّبْغِ ، كما لو قَصَّرَه . وهو بعيدٌ ؛ لأَنَّ إجْبارَ البائعِ على بَذْلِ ثَمَنِ الصَّبْغِ إجْبارٌ على المُعَاوَضَةِ ، فلم يَجُزْ ؛ لقَوْلِه سبحانه : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1] . وإنْ قال البائعُ : أنا آخُذُه وأُعْطِي قِيمَةَ الصَّبْغِ . لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ذلك . وقال الشّافِعِىُّ : ليس للمُشْتَرِى إلَّا رَدُّه ؛ لأنَّه أمْكَنَه رَدُّه ، فلم يَمْلِكْ أخذَ الأَرْشِ ، كما لو سَمِنَ عِنْدَه[2] . ولَنا ، أنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّهُ إلَّا بردِّ شيءٍ مِن مالِه معه ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الأَرْشِ بامْتِناعِه مِن رَدِّهِ ، كما لو تَعَيَّبَ عِنْدَه فطَلَبَ البائعُ أَخْذَه مع أخْذِ أرْشِ العَيْبِ الحادِثِ ، والأَصْلُ لا نُسَلِّمُه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ أخْذَ الأَرْشِ إذا رَدَّه .

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، لو أنْعَلَ الدَّابَّةَ ، وأرادَ رَدَّها بالعَيْبِ ، نزَع النَّعْلَ ، فإنْ كان النَّزْعُ يَعِيبُها ، لم يَنْزِعْ ، ولم يَكُنْ له قِيمَةُ النَّعْلِ على البائعِ ، على أظْهَرِ الاحْتِمالَيْن . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وهل يكونُ إهْمالًا للنَّعْلِ أو تَمْليكًا ، حتى لو سقَط كان للبائعِ أو المُشْتَرِى ؟ فيه احْتِمالان . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . قلتُ : الأَوْلَى ، أنْ يكونَ ترْكُه إهْمالًا ، حتى لو سقَط كان للمُشْتَرِى . الثَّانيةُ ، لو اشْتَرَى حَلْىَ فِضَّةٍ بوَزْنِه دراهِمَ ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، جازَ له رَدُّه ، وليس له أخْذُ الأَرْشِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والخَمْسِين » : وهو الصَّحيحُ . قلتُ : فيُعايَى بها . فإنْ

---

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) فى المغنى ٦/٢٥٤ : « عبده » .

المقنع وَإنِ اشْتَرَى مَا مَأْكُولُهُ فِي جوفِهِ ، فكَسَرَهُ ، فَوَجَدَهُ فَاسِدًا ، فَإِنْ

الشرح الكبير **١٦٣٧** - مسألة : (وإنِ اشْتَرَى ما مَأْكُولُهُ فى جَوْفِه ، فكَسَرَه ،

الإنصاف حدَث به عَيْبٌ عندَ المُشْتَرِى ، فعَنْه ، يَرُدُّه ، ويَرُدُّ أَرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويأْخُذُ ثَمَنَه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقال القاضى : ليسَ له رَدُّه ؛ لإفْضائِه إلى التَّفاضُلِ . ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الفائقِ » : وقوْلُ القاضى ضعيفٌ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ : يفْسَخُ الحاكِمُ البَيْعَ ، ويَرُدُّ البائِعُ الثَّمَنَ ، ويُطالِبُ بقِيمَةِ الحَلْىِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إهْمالُ العَيْبِ ، ولا أَخْذُ الأَرْشِ . وهذا المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، أنَّ الحاكِمَ إذا فسَخ ، وجَب رَدُّ الحَلْىِ ، وأَرْشُ نَقْصِه . واخْتارَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » . الثَّالثةُ ، لو باعَ قَفِيزًا ممَّا يَجْرِى فيه الرِّبا بمِثْلِه ، فوَجَدَ أحدُهما بما أخذَه عَيْبًا يُنْقِصُ قِيمَتَه دُونَ كَيْلِه ، لم يَمْلِكْ أَخْذَ أَرْشِه ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى التَّفاضُلِ . والحُكْمُ فيه كما ذكَرْنا فى الحَلْىِ بالدَّراهمِ . قال فى « الفُروعِ » : وله الفَسْخُ فى رِبَوِىٍّ بجِنْسِه مُطْلَقًا ؛ للضَّرُورَةِ . وعنه ، له الأَرْشُ . وقيل : مِن غيرِ جِنْسِه ، على مُدِّ عَجْوَةٍ . وفى « المُنْتَخَبِ » ، يُفْسَخُ العَقْدُ بينَهما ، ويأْخُذُ الجَيِّدَ رَبُّه ، ويَدْفَعُ الرَّدِىءَ . انتهى . وقال فى « القواعِدِ » : لو اشْتَرى رِبَوِيًّا بِجِنْسِه ، فبانَ مَعِيبًا ، ثم تَلِفَ قبلَ رَدِّه ، ملَك الفَسْخَ ، ويَرُدُّ بدَلَه ، ويأْخُذُ الثَّمَنَ . انتهى . الرَّابعةُ ، لو باعَ شيئًا بذَهَبٍ ، ثم أخَذَ عنه دَراهِمَ ، ثم رَدَّه المُشْتَرِى بعَيْبٍ قَديمٍ ، رجَع المُشْتَرِى بالذَّهَبِ لا بالدَّراهمِ . نصَّ عليه . ويأْتِى نظِيرُها فى آخرِ بابِ الإجارةِ .

قوله : وإنِ اشْتَرى ما مأْكُوله فى جَوْفِه ، فكَسَرَه ، فوجَدَه فاسِدًا ، فإنْ لم يَكُنْ له مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كبَيْضِ الدَّجاجِ ، رجَع بالثَّمَنِ كُلِّه . هذا المذهبُ ، وعليه

المقنع

لَمْ يكُنْ لَهُ مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كَبَيْضِ الدَّجَاجِ ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كَبَيْضِ النَّعَامِ ، وَجَوْزِ الْهِنْدِ ، فَلَهُ أَرْشُهُ . وَعَنْهُ ، يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَرْشِهِ ، وَبَيْنَ رَدِّهِ وَرَدِّ مَا نَقَصَهُ ، وَأَخْذِ الثَّمَنِ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ رَدٌّ . وَلَا أَرْشَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ .

الشرح الكبير

فوَجدَه فاسِدًا ، فإنْ لم يكُنْ له مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كبَيْضِ الدَّجاجِ ، رَجعَ بالثَّمَنِ كُلِّه . وإنْ كان له مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كبَيْضِ النَّعامِ ، وجَوْزِ الهِنْدِ ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ أَخْذِ أَرْشِه ، وبينَ رَدِّه [1]ورَدِّ ما نَقَصه وأَخْذِ الثَّمَنِ[1] . وعنه ، ليس له رَدٌّ . ولا أَرْشَ فى ذلك كُلِّه) إذا اشْتَرَى ما لا يَطَّلِعُ على عَيْبِه إلَّا بكَسْرِه ؛ كالبَيْضِ ، والجَوْزِ ، والرُّمّانِ ، والبِطِّيخِ ، فكَسَرَه ، فَظَهَرَ عَيْبُه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهُما ، لا يَرْجِعُ على البائعِ بشئٍ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ؛ لأنَّه ليس مِن البائعِ تَدْلِيسٌ ولا تَفْرِيطٌ ؛ لعَدَمِ مَعْرِفَتِه بعَيْبِه ، وكَوْنِه لا يُمْكِنُه الوُقُوفُ عليه إلَّا بكَسْرِه ، فجَرَى مَجْرَى البَراءَةِ من العيُوبِ . والثانيةُ ، يَرْجِعُ عليه . وهى ظاهِرُ المَذْهَبِ ، وقَوْلُ أبى

الإنصاف

جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، لا شيءَ للمُشْتَرِى ، إلَّا مع شَرْطِ البائعِ سَلامَتَه . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

قوله : وإنْ كان له مَكْسُورًا قِيمَةٌ ؛ كبَيْضِ النَّعامِ ، وجَوْزِ الهِنْدِ – وكذا البِطِّيخُ

(١ – ١) زيادة من : ر ١ .

الشرح الكبير

حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ عَقْدَ البَيْعِ اقْتَضَى السَّلَامَةَ مِن عَيْبٍ لم يَطَّلِعْ عليه المُشْتَرِى ، فإذا بانَ مَعِيبًا ، ثَبَتَ له الخِيارُ ، كالعَبْدِ . ولأَنَّ البائِعَ إنّما يَسْتَحِقُّ ثمنَ المَعِيبِ دونَ الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْهُ صَحِيحًا ، فلا مَعْنَى لإيجَابِ الثَّمَنِ كُلِّه ، وكَوْنُه لم يُفرِّطْ لا يَقْتَضِى أنْ يَجِبَ له ثَمَنُ ما لم يُسَلِّمْه ؛ بدَلِيلِ العَيْبِ الذى لم يَعْلَمْه فى العَبْدِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ المَبِيعَ إن كان ممّا لا قيمةَ له مكسورًا ؛ كبَيْضِ الدَّجاجِ الفاسِدِ ، والرُّمّانِ الأَسْوَدِ ، والجَوْزِ الخَرِبِ ، رَجَع بالثَّمَنِ كلِّه ؛ لأَنَّ هذا يَبِينُ به فَسادُ العَقْدِ مِن أصْلِه ؛ لكَوْنِه وَقَع على ما لا نَفْعَ فيه ، فهو كبَيْعِ الحَشَراتِ والمَيْتاتِ ، وليس عليه رَدُّ المَبِيعِ إلى البائِعِ ؛ لأَنَّه لا فائِدَةَ فيه . وإن كان الفاسِدُ فى بَعْضِه ، رجع بقِسْطِه . الثانى ، أن يَكُونَ ممّا لعَيْبِه قِيمَةٌ ، كبَيْضِ النَّعامِ ، وجَوْزِ الهِنْدِ ، والبِطِّيخِ الذى فيه نَفْعٌ ، ونحوِه ، فإذا كَسَرَه نَظَرْتَ ؛ فإن كان كَسْرًا لا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُ المَبِيعِ بدُونِه ، فالمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بينَ رَدِّه ورَدِّ أرْشِ الكَسْرِ وأَخْذِ الثمنِ ، وبينَ أخْذِ أرْشِ عَيْبِه . هذا

الإنصاف

الذى فيه نَفْعٌ ونحوُه – فله أَرْشُه . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهو إحْدَى الرِّواياتِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وعنه ، يُخَيَّرُ بينَ أَرْشِه وبينَ رَدِّه [٢/ ٨٢ظ] ورَدِّ ما نقَص ، وأَخْذِ الثَّمَنِ . وهذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا أَعْدَلُ الأَقْوالِ . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . وقيل : يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ ، إذا زادَ

الشرح الكبير

ظاهرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ . وقال القاضى : عندِى [٣/٢٧٧ظ] لا أرْشَ عليه لكَسْرِه ؛ لأنَّه حَصَل بطَرِيقِ استعْلامِ العَيْبِ ، والبائِعُ سَلَّطَهُ عليه ، حيثُ عَلِمَ أنَّه لا يُعْلَمُ صِحَّتُه مِن فَسَادِه بغيرِ ذلك . وهذا قولُ الشّافِعِيِّ . ووَجْهُ قوْلِ الخِرَقِيِّ أنَّه نَقْصٌ لم يَمْنَعِ الرَّدَّ ، فلَزِمَ رَدُّ أرْشِه ، كلَبَنِ المُصَرّاةِ إذا احْتَلَبَها ، والبِكْرِ إذا وَطِئَها ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذكَرَه ، بل هٰهنا أوْلَى ؛ لأنَّه لا تَدْلِيسَ مِن البائِعِ ، والتَّصْرِيَةُ تَدْلِيسٌ ، وإنْ كان كَسْرًا[1] يُمْكِنُ اسْتِعْلامُ المَبيعِ بدُونِه إلَّا أنَّه لا يُتْلِفُ المَبِيعَ بالكُلِّيَّةِ ، فالحُكْمُ فيه كالذى قبلَه عندَ الخِرَقِيِّ والقاضِى . والمُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بينَ رَدِّه وأرْشِ الكَسْرِ وأخْذِ الثَّمَنِ ، وبينَ أخْذِ أرْشِ العَيْبِ . وهذا إحْدى الرِّوايَتَيْن عن أحمدَ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، ليس له رَدُّه ، وله أرْشُ العَيْبِ . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ، وقد ذَكَرْناهُ . وإنْ كَسَرَه كَسْرًا لا يُبْقِى له قِيمَةً ، فله أَرْشُ العَيْبِ ، لا غيرُ ؛ لأنَّه أتْلَفَه . وقَدْرُ أَرْشِ العَيْبِ قِسْطُ ما بَيْنَ الصَّحِيحِ والمَعِيبِ مِن الثَّمَنِ ، فيُقَوَّمُ المَبِيعُ صَحِيحًا ، ثم يُقَوَّمُ مَعِيبًا غيرَ مكْسُورٍ ، فيكونُ للمُشْتَرِى قدرُ ما بَيْنَهما مِن الثَّمَنِ .

الإنصاف

فى الكَسْرِ على قَدْرِ الاسْتِعْلامِ ، وإنْ لم يَزِدْ خُيِّرَ . وهو رِوايَةٌ فى « الشَّرْحِ » . وعنه ، ليسَ له رَدُّه ، ولا أَرْشَ فى ذلك كلِّه . يعْنِى ، إلَّا أنْ يشْتَرِطَ البائِعُ سَلامتَه . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُذْهَبِ » . والأُولَى ، وَجْهٌ فيه ، وتخْرِيجٌ فى « الهِدايَةِ » . وقال فى « الفُروعِ » ، فى الذى لمَكْسُورِه قِيمَةٌ : فعنه ، له الأَرْشُ . وعنه ، له رَدُّه . وخيَّرَه الخِرَقِيُّ بينَهما . انتهى . فالرِّوايةُ الثّانيةُ التى ذكَرَها ، لم أرَها لغيرِه .

---

(١) فى الأصل ، ق : « كثيرًا » .

الشرح الكبير

فصل : ولو اشْتَرَى ثَوْبًا فنشَرَه فوَجَدَه مَعِيبًا ، فإنْ كان ممّا لا يَنْقُصُه النَّشْرُ ، رَدَّهُ ، وإنْ كان يَنْقُصُه النَّشْرُ ، كالهِسَنْجانِيِّ[1] الذى يُطْوَى طاقَيْنِ مُلْتَصِقَيْنِ ، جَرَى ذلك مَجْرَى جَوْزِ الهِنْدِ ، على التَّفْصِيلِ المَذْكُورِ ، فيما إذا لم يَزِدْ على ما يَحْصُلُ به اسْتِعْلامُ المَبِيعِ ، أو زادَ ،

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : فكَسَرَه ، فوَجَدَه فاسِدًا . اعلمْ أنَّه إذا كسَر الذى لمَكْسُورِه قِيمَةٌ ؛ فتارَةً يكْسِرُه كسْرًا لا يَبْقَى له معه قِيمَةٌ ، وتارَةً يكْسِرُه كسْرًا لا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُ المَبِيعِ بدُونِه ، وتارَةً يكْسِرُه كَسْرًا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُه بدونه ؛ فإنْ كسَرَه كسْرًا لايَبْقَى له قِيمَةٌ ، فهُنا يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . قوْلًا واحدًا ، وإنْ كسَرَه كسْرًا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُه بدُونِه ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، فى قوْلِه : ورَدَّ ما نقَصَه . أنَّه يرُدُّ أَرْشَ الكَسْرِ . وهو الصَّحيحُ ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به الخِرَقِيُّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه ، [2]و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم[2] . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، [2]و « الرِّعايَةِ الكُبْرى »[2] ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَرَاه . وقال القاضى : عندِى ، له الرَّدُّ بلا أَرْشٍ عليه لكَسْرِه ؛ لأنَّه حصَل بطَريقِ اسْتِعْلامِ العَيْبِ ، والبائعُ سلَّطَه عليه . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقيل : يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْن ، فيما إذا عابَ عندَ المُشْتَرِى ، على ما تقدَّم ذِكْرُه فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » . وإنْ كسَرَه كسْرًا يُمْكِنُ اسْتِعْلامُه بدُونِه ، فهو على الرِّوايتَيْن ، فيما إذا عابَ عندَ المُشْتَرِى ، على ما تقدَّم . قال الزَّرْكَشِيُّ : نعم ، على قوْلِ القاضِى فى الذى قبلَه ، إذا رَدَّ ، هل يَلْزَمُه أَرْشُ الكَسْرِ ، أم لا يَلْزَمُه إلَّا الزَّائدُ على اسْتِعْلامِ المَبِيعِ ؟ مَحَلُّ

---

(١) نسبة إلى هسنجان ، قرية بالرئ . معجم البلدان ٩٧٤/٤ .

(٢ - ٢) زيادة من : ش .

المقنع

وَمَنْ عَلِمَ الْعَيْبَ ، وَأَخَّرَ الرَّدَّ ، لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى [٩٩و] الرِّضَا ؛ مِنَ التَّصَرُّفِ وَنَحْوِهِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ .

الشرح الكبير

كنَشرِ مَن لا يَعْرِفُ . وإنْ أرادَ أخذَ أرْشِه ، فله ذلك بكُلِّ حالٍ .

١٦٣٨ – مسألة : (ومَن عَلِمَ العَيْبَ ، وأخَّرَ الرَّدَّ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ، إلَّا أنْ يُوجَدَ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا ؛ مِن التَّصرُّفِ ونَحْوِه) وهكذا ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّه خِيارٌ لدَفْعِ الضَّرَرِ المُتَحقِّقِ ، فكان على التَّراخِي ، كخِيارِ القِصاصِ (وعنه ، أنَّه على الفَوْرِ) وهو مَذْهَبُ

الإنصاف

تردُّدٍ . انتهى . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ : حُكْمُه حُكْمُ الذى قبلَه عندَ الخِرَقِىِّ ، والقاضِى . انتهَوْا . قلتُ : يُشْبِهُ ما قال الزَّرْكَشِىُّ ، ما قالُوا فيما إذا وَكَّلَه فى بَيْعِ شىءٍ ، فباعَه بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأنْقصَ ممَّا قدَّره ، وقُلْنا : يصِحُّ ، ويَضْمَنُ النَّقْصَ . فإنَّ فى قَدْرِه وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو ما بينَ ما باعَ به وثَمَنِ المِثْلِ . والثَّانى ، هو ما بينَ ما يتَغابَنُ به النَّاسُ وما لا يتَغابَنُون ، على ما يأْتِى فى الوَكالَةِ .

قوله : ومن عَلِمَ العَيْبَ ، ثم أخَّر الرَّدَّ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ، إلَّا أن يُوجَدَ منه ما يدُلُّ على الرِّضَا ؛ مِنَ التَّصَرُّفِ ونحوِه . اعلمْ أنَّ خِيارَ العَيْبِ على التَّراخِى ، ما لم يُوجَدْ منه ما يدُلُّ على الرِّضَى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يُجْبَرُ المُشْتَرِى على رَدِّه أو أرْشِه ؛ لتَضَرُّرِ البائعِ بالتَّأْخيرِ . وعنه ، أنَّه على الفَوْرِ . قطَع به القاضى فى « الجامعِ الكَبِيرِ » فى مَوْضِعٍ منه . قال فى « التَّلْخيصِ » : وقيلَ : عنه رِوايَةٌ ،

الشرح الكبير

الشّافِعِيّ . فمتى عَلِمَ العَيْبَ ، وأَخَّرَ الرَّدَّ مع إمْكانِه ، بطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الرِّضَا ، فأُسْقِطَ خِيارُه ، كالتَّصَرُّفِ . ولأنَّه خِيارٌ ثَبَتَ بالشَّرْعِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فأشْبَهَ خِيارَ الشُّفْعَةِ . والأَوَّلُ أوْلَى ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الإِمْسَاكَ يَدُلُّ على الرِّضَا ، والشُّفْعَةُ تَثْبُتُ لدَفْعِ ضَرَرٍ غيرِ مُتَحَقِّقٍ ، بخِلافِ الرَّدِّ بالعَيْبِ .

الإنصاف

أنَّه على الفَوْرِ . انتهى . وقيل : السُّكوتُ بعدَ مَعْرِفَةِ العَيْبِ رِضًى .

تنبيه : قوْلُه : إلَّا أنْ يُوجَدَ منه ما يدُلُّ على الرِّضَى ، مِنَ التَّصرُّفِ ونحوِه . مَبْنِيٌّ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقد تقدَّم رِوايةٌ ، اخْتارَها جماعةٌ ، أنَّه لو تَصرَّفَ فيه بما يدُلُّ على الرِّضَى ، أنَّ له الأَرْشَ ، عندَ قوْلِه : وإنْ فَعَله عالِمًا بعَيْبِه ، فلا شيءَ له . وقوْلُه : مِنَ التَّصرُّفِ ونحوِه . كاحْتِلابِ المَبيعِ ، ونحوِ ذلك ، لم يَمْنَعِ الرَّدَّ ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فله أخْذُه . قال في « عُيُونِ المَسائلِ » : أو رَكِبَها لسَقْيِها أو عَلْفِها . وقال المُصَنِّفُ في « المُغْنِي » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : إنِ اسْتَخْدَمَ ، لا للاخْتِبارِ . بَطَلَ ردُّه بالكَثِيرِ ، وإلَّا فلا . قال المُصَنِّفُ : وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، في بُطْلانِ خِيارِ الشَّرْطِ بالاسْتِخْدامِ رِوايَتان ، فكذا يُخَرَّجُ هنا . واخْتارَه . وقال : هو قِياسُ المذهبِ . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » . وذكَر في « التَّنْبِيهِ » ما يدُل عليه ، فقال : والاسْتِخْدامُ والرُّكُوبُ لايَمْنَعُ أَرْشَ العَيْبِ ، إذا ظهَر قبلَ ذلك أو بعدَه ، وأحمدُ ، في رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، إنَّما نصَّ أنَّه يَمْنَعُ الرَّدَّ ، فدَلَّ أنَّه لايَمْنَعُ الأَرْشَ . وقيل : رُكُوبُ الدَّابَّةِ لرَدِّها رِضًى . ذكَرَه في « الفائقِ » وغيرِه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، في « شَرْحِ المُحَرَّرِ » : لو اشْتَرَى رَجُلٌ سِلْعَةً ، فأصابَ بها عَيْبًا ، ولم يَخْتَرِ الفَسْخَ ، ثم قال : إنَّما أَبْقَيْتُه ، لأنَّنِي لم

المقنع

وَلَا يَفْتَقِرُ الرَّدُّ إِلَى رِضَاءٍ ، وَلَا قَضَاءٍ ، وَلَا حُضُورِ صَاحِبِهِ .
وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئًا ، وَشَرَطَا الْخِيَارَ ، أَوْ وَجَدَاهُ مَعِيبًا ، فَرَضِيَ

الشرح الكبير

١٦٣٩ – مسألة : (ولا يَفْتَقِرُ الرَّدُّ إلى رِضًا . ولا قَضاءٍ ، ولا حُضُورِ صاحِبِه) قبل القَبْضِ ولا بَعْدَه . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : إنْ كان قبلَ القَبْضِ ، افْتَقَرَ إلى حُضُورِ صاحِبِه دونَ رِضاهُ ، وإنْ كان بَعْدَه ، افْتَقَرَ إلى رِضَا صاحِبِه أو حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأَنَّ مِلْكَه قد تَمَّ على الثمَنِ ، فلا يَزُولُ إلّا برِضَاهُ . ولَنا ، أنه رَفْعُ عَقْدٍ مُسْتَحَقٍّ له ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضَا صاحِبِه ، ولا حُضُورِه ، كالطَّلاقِ ، ولأنّه مُسْتَحَقُّ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فلم يَفْتَقِرْ [٢٧٨/٣و] إلى رِضَا صاحِبِه ، كقبلِ القَبْضِ .

١٦٤٠ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى اثْنانِ شيئًا ، وشَرَطَا الخِيَارَ ، أو

الإنصاف

أعلَمْ أنَّ لى الخِيارَ . لم يُقْبَلْ منه . ذكَرَه القاضى أصْلًا فى المُعْتَقَةِ تحتَ عَبْدٍ ، إذا قالتْ : لم أعْلَمْ أنَّ لى الخِيارَ . وخالَفَه ابنُ عَقِيلٍ فى مَسْأَلةِ المُعْتَقَةِ ، ووَافقَه فى مَسْأَلَةِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . انتهى . الثَّانيةُ ، خِيارُ الخُلْفِ فى الصِّفَةِ ، على التَّراخِى . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » [٢/ ٨٣و] ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وتقدَّم ذلك مُسْتَوْفًى عندَ بَيْعِ المَوْصُوفِ ، فى كتابِ البَيْعِ . وكذا الخِيارُ لإفْلاسِ المُشْتَرِى . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . وتقدَّم أنَّ الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ قال : يُجْبَرُ فى خِيارِ العَيْبِ على الرَّدِّ أو الأَرْشِ ، إنْ تضَرَّرَ البائعُ . فكذا هُنا .

قوله : وإنِ اشْتَرَى اثْنان شَيْئًا ، وشَرَطا الخِيارَ ، أو وجَداه مَعِيبًا ، فرَضِىَ أحَدُهما ، فلِلآخَرِ الفسْخُ . هذا المذهبُ فيهما ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به

المقنع أَحَدُهُمَا ، فَلِلْآخَرِ الْفَسْخُ فِى نَصِيبِهِ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير وجَدَاهُ مَعِيبًا ، فَرضِىَ أَحَدُهما ، فللآخَرِ الفَسْخُ فى نَصِيبِهِ . وعنه ، ليس له ذلك) نُقِلَ عن أحمدَ رَحِمَه اللهُ فى ذلك رِوَايَتانِ ، حَكَاهُما أبو بكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسَى ؛ إحْدَاهُما ، لِمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، والشّافِعِىُّ ، وأبو يوسُفَ ، ومحمدٌ ، وإحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مالِكٍ . والأُخْرَى ، لا يَجُوزُ له رَدُّه . [1]وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّ المَبيعَ خَرَجَ عن مِلْكِه دُفْعَةً واحِدَةً غيرَ مُتَشقِّصٍ ، فإذا رَدَّه[1] مُشْتَرِكًا ، رَدَّه ناقِصًا ، أشْبَهَ ما لو تَعَيَّبَ عِنْدَه . ولَنا ، أنَّه رَدَّ جَمِيعَ ما مَلَكَه بالعَقْدِ فجازَ ، كما لو انْفَرَدَ بشِرائِه ، والشَّرِكَةُ إنَّما حَصَلَتْ بإيجابِ البائعِ ؛ وإنَّما باعَ كُلَّ واحِدٍ منهما نِصْفَها ، فخَرَجَتْ عن مِلْكِ البائعِ مُتَشَقِّصَةً ، بخِلافِ العَيْبِ الحادِثِ .

الإنصاف فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى » ، وغيرِهم . ونَصَره المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما ، كما لو وَرِثَا خِيارَ عَيْبٍ . وعنه ، ليسَ لهما ذلك فيهما . قال فى « الرِّعايَةِ » ، مِن عندِه فى مِسْأَلَةِ الشِّراءِ : إنْ قُلْنا : هو كعَقْدَيْن . فله الرَّدُّ ، وإلَّا فلا . وتقدَّم فى أوَاخِرِ كتابِ البَيْعِ أنَّه كعَقْدَيْن . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ويأْتِى فى الشُّفْعَةِ .

تنبيه : قال فى « الفُروعِ » : وقِياسُ الأوَّلِ ، للحاضِرِ منهما نقْدُ نِصْفِ ثَمَنِه ، وقَبْضُ نِصْفِه ، وإنْ نقَدَه كلَّه ، قبَض نِصْفَه ، وفى رُجُوعِه الرِّوايَتان . ذكَرَه فى « الوَسِيلَةِ » وغيرِها . وعلى الأوَّلِ ، لو قال : بِعْتُكُما . فقال أحدُهما : قَبِلْتُ .

(١ – ١) زيادة من : ر ١ .

الشرح الكبير

فصل : ولو اشْتَرَى رَجُلٌ مِن رَجُلَيْنِ شَيْئًا ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، فله رَدُّه عَلَيْهما . فإنْ كان أَحَدُهما غائِبًا ، رَدَّ على الحاضِرِ حِصَّتَه بِقِسْطِها مِن الثَّمَنِ ، ويَبْقَى نَصِيبُ الغائِبِ فى يَدِه حتى يَقْدَمَ . ولو كان أَحَدُهما باعَ العَيْنَ كُلَّها بوَكالَةِ الآخَرِ ، فالحُكْمُ كذلك ، سَواءٌ كان الحاضِرُ الوَكِيلَ أو المُوَكِّلَ . نَصَّ أَحْمَدُ على نحوٍ مِن هذا . وإنْ أرادَ رَدَّ نَصِيبِ أحَدِهما وإمْساكَ نَصِيبِ الآخَرِ ، جازَ ؛ لأَنَّه يَرُدُّ على البائِعِ جَمِيعَ ما باعَهُ ، ولم يَحْصُلْ بِرَدِّه تَشْقِيصٌ ؛ لأَنَّه كان مُشَقَّصًا قبلَ البَيْعِ .

فصل : وإنْ وَرِثَ اثْنانِ خِيَارَ عَيْبٍ ، فَرَضِيَ أَحَدُهما ، سَقَطَ حَقُّ الآخَرِ مِن الرَّدِّ ؛ لأَنَّه لو رَدَّ وَحْدَه ، تَشَقَّصَتِ السِّلْعَةُ على البائِعِ ، فيَتَضَرَّرُ بذلك ، وإنَّما أَخْرَجَها مِن مِلْكِه إلى واحِدٍ غيرَ مُشَقَّصَةٍ ، فلا يَجُوزُ رَدُّ بَعْضِها إليه مُشَقَّصًا ، بخِلافِ المسألةِ التى قَبْلَها ، فإنْ عَقْدَ الواحِدُ مع الاثْنَيْنِ عَقْدَيْنِ ، فكأَنَّه باعَ كُلَّ واحِدٍ منهما نِصْفَها مُنْفَرِدًا ، فرَدَّ عليه

الإنصاف

جازَ . وإنْ سلَّمْنا ، فلِمُلاقَاةِ فِعْلِه مِلْكَ غيرِه ، وهنا لَاقَى فِعْلُه مِلْكَ نَفْسِه . ذكَرَه بعضُهم فى طَرِيقَتِه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو اشْتَرَى واحِدٌ مِن اثْنَيْنِ شيئًا ، وظهَر به عَيْبٌ ، فله رَدُّه عليهما ، ورَدُّ نَصِيبِ أحَدِهما ، وإمْساكُ نَصِيبِ الآخَرِ ؛ لأَنَّه يرُدُّ على البائعِ جميعَ ما باعَه ، ولم يحْصُلْ بردِّه تَشْقِيصٌ ؛ لأَنَّه كان مُشَقَّصًا قبلَ البَيْعِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ويَحْتَمِلُ المَنْعُ . ثم قال مِن عندِه : وإنْ قُلْنا : هو كعَقْدَيْن ، جازَ ، وإلَّا فلا . الثَّانيةُ ، لو وَرِثَ اثْنانِ خِيارَ عَيْبٍ ، فرَضِيَ أحدُهما ، سقَط حَقُّ الآخَرِ

الشرح الكبير

أحَدُهما جَمِيعَ ما باعَهُ إيّاهُ ، وههُنا بخِلافِه .

فصل : وإنِ اشْتَرَى حَلْيَ فِضَّةٍ بوَزْنِه دراهِمَ ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، فله رَدُّه ، وليس له أَخْذُ الأَرْشِ ؛ لإفْضائِه إلى التَّفاضُلِ فيما يَجِبُ فيه التَّماثُلُ . فإنْ حَدَثَ به عَيبٌ عندَ المُشْتَرِي ، فعلى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، يَرُدُّه ، ويَرُدُّ أرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويأخُذُ ثَمَنَه . وقال القاضِي : ليس له رَدُّه ؛ لإفْضائِه إلى التَّفاضُلِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ الرَّدَّ فَسْخٌ للعَقْدِ ، ورَفْعٌ له ، فلا تَبْقَى المُعاوَضَةُ ، وإنَّما يَدْفَعُ الأَرْشَ عِوَضًا عن العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، بمَنْزِلَةِ ما لو جَنَى[1] عليه فى مِلْكِ صاحِبِه من غيرِ بَيْعٍ ، وكما لو فَسَخَ الحاكِمُ عليه . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، يَفْسَخُ الحاكِمُ البَيْعَ ، ويَرُدُّ البائِعُ الثَّمَنَ ، ويُطالِبُ بقِيمَةِ الحَلْيِ ؛ لأَنَّه لم يُمْكِنْ إهْمالُ العَيْبِ ، ولا أَخْذُ الأَرْشِ . ولأَصْحابِ الشّافِعِيِّ وَجْهانِ ، كهاتَيْنِ الرِّوايَتَيْنِ . وإن تَلِفَ الحَلْيُ فُسِخَ العَقْدُ ، ويَرُدُّ قِيمَتَه ، ويَسْتَرْجِعُ [٣/٢٧٨ظ] الثَّمَنَ ، فإنَّ تَلَفَ المَبِيعِ لا يَمْنَعُ جوازَ الفَسْخِ . واخْتارَ شَيْخُنا[2] ، أنَّ الحاكِمَ إذا فَسَخَ ، وَجَبَ رَدُّ الحَلْيِ وأَرْشِ نَقْصِه ، كما قُلْنا فيما إذا فَسَخَ المُشْتَرِى على إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، وإنَّما يرجِعُ إلى قِيمَتِه عند تَعَذُّرِه بتَلَفٍ أو عَجْزٍ عن رَدِّه ، أمّا مع بَقائِه وإمْكانِ رَدِّه ، فيَجِبُ رَدُّه دونَ بَدَلِه ، كسائِرِ المَبِيعِ إذا انْفَسَخَ

الإنصاف

مِنَ الرَّدِّ .

(١) فى م : « خفى » .
(٢) انظر المغنى ٦/٢٤٧ .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى وَاحِدٌ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَدُّهُمَا أَوْ إِمْسَاكُهُمَا .

الشرح الكبير

العَقْدُ فيه ، وليس فى رَدِّه ورَدِّ أَرْشِه تَفاضُلٌ ؛ لأنَّ المُعاوَضَةَ قد زَالَتْ بالفَسْخِ ، و لم يَبْقَ له مُقابِلٌ ، وإنّما هذا الأَرْشُ بمَنْزِلَةِ الجنايَةِ عليه ، ولأنَّ قِيمَتَه إذا زادَتْ على وَزْنِه أو نَقَصَتْ عنه ، أفْضَى إلى التَّفاضُلِ ؛ لأنَّ قِيمَتَه عِوَضٌ عنه ، فلا يَجُوزُ ذلك ، إلَّا أنْ يَأْخُذَ القِيمَةَ مِن غيرِ الجِنْسِ . ولو باعَ قَفِيزًا ممّا فيه الرِّبا بمِثْلِه ، فوَجَدَ أحَدُهما بما أخَذَه عَيْبًا يَنْقُصُ قِيمَتَه دونَ كَيْلِه[1] ، لم يَمْلِكْ أخْذَ أَرْشِه ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إلى التَّفاضُلِ . والحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا فى الحَلْيِ[2] بالدَّراهِمِ .

١٦٤١ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى واحِدٌ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً واحِدَةً ، فليس له إلَّا رَدُّهما أو إمْساكُهما) والمُطَالَبَةُ بالأَرْشِ . قاله القاضِى . وعنه ، له رَدُّ أحَدِهما بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، كما لو كانَ أحَدُهما مَعِيبًا والآخَرُ صَحِيحًا ؛ لأنَّ المانِعَ مِن الرَّدِّ إنَّما هو تَشْقِيصُ المَبِيعِ على البائعِ ، وهو

الإنصاف

قوله : وإن اشْتَرَى واحِدٌ مَعِيبَيْن صَفْقَةً واحِدَةً ، فليس له إلَّا رَدُّهما أو إمْساكُهما والمُطالَبَةُ بالأَرْشِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِيِّ » . واخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و« النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وعنه ، له رَدُّ أحدِهما بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ . وأطْلَقَهما فى

---

(١) فى الأصل ، ق ، م : « كله » .
(٢) فى م : « الحكم » .

المقنع

فَإِنْ تَلِفَ أَحَدُهُمَا، فَلَهُ رَدُّ الْبَاقِي بِقِسْطِهِ. وَالْقَوْلُ فِي قِيمَةِ التَّالِفِ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ .

الشرح الكبير

مَوْجُودٌ فيما إذا كان أحَدُهما صَحِيحًا (فإنْ تَلِفَ أحَدُهما ، فله رَدُّ الباقِي بقِسْطِه) من الثَّمَنِ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . هذا قَوْلُ الحارِثِ العُكْلِيِّ ، والأوْزَاعِيِّ ، وإسحاقَ . وقولُ أبي حَنِيفَةَ فيما بعدَ القَبْضِ ؛ لأنَّه رَدَّ المَعِيبَ على وَجْهٍ لا ضَرَرَ فيه على البائِعِ ، فجازَ ، كما لو رَدَّ الجميعَ . والثانيةُ ، ليس له إلَّا أخْذُ الأَرْشِ مع إمْسَاكِ الباقِي منهما . وهو ظاهِرُ قَوْلِ الشّافِعِيِّ ، وقولُ أبي حَنِيفَةَ فيما قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّ فى الرَّدِّ تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على البائِعِ ، وذلك ضَرَرٌ ، أشْبَهَ إذا كانا ممّا يَنْقُصُه التَّفْرِيقُ (والقَوْلُ فى قِيمَةِ التَّالِفِ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه) لأنَّه مُنْكِرٌ لِما يَدَّعِيهِ البائِعُ مِن زِيادَةِ قِيمَتِه ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ الغارِمِ ؛ لأنَّ قِيمَةَ التَّالِفِ إذا زادَتْ زادَ قدرُ ما يَغْرَمُهُ ، فهو بمَنْزِلَةِ المُسْتَعِيرِ والغاصِبِ .

الإنصاف

« الفُروعِ » .

قوله : وإنْ تَلِفَ أحَدُهما ، فله رَدُّ الباقِي بقِسْطِه . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « مُنتَخبِ الأزَجِيِّ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وصحَّحَه النَّاظِمُ . وعنه ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وحكَى المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، أنَّ الرَّدَّ هنا مَبْنِيٌّ على الرِّوايتَيْن فى أحَدِهما . فعلى هذا ، إنْ قُلْنا : ليسَ له رَدُّ أحَدِهما ، فليس له رَدُّ الباقِي إذا تَلِفَ أحَدُهما . انتهى .

قوله : والقَوْلُ فى قِيمَةِ التَّالِفِ قَوْلُه مع يَمِينِه . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ

المقنع

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَعِيبًا ، فَلَهُ رَدُّهُ بِقِسْطِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ لَهُ إِلَّا رَدُّهُمَا أَوْ إِمْسَاكُهُمَا .

الشرح الكبير

١٦٤٢ – مسألة : (وإنْ كان أحدُهما مَعِيبًا ، فله رَدُّه بِقسْطِه) مِن الثَّمَنِ (وعنه ، ليس له إلَّا رَدُّهما أو إمْساكُهما) وَوَجْهُ الرِّوايَتيْنِ ما ذكَرْنا فيما إذا تَلِفَ أحَدُهما ، وفيه من التَّفْصِيلِ والخِلافِ ما ذكَرْنا .

الإنصاف

الأصحابِ . وجزَم به فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : قُبِلَ قَوْلُ المُشْتَرِى فى قِيمَتِه ، فى الأصحِّ . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقيل : القَوْلُ قولُ البائعِ فى قِيمَتِه .

فائدة : الصَّحيحُ ، أنَّ حُكْمَ هذه المَسْأَلَةِ كالمَسْأَلَةِ الآتِيَةِ بعدَ ذلك ، وعليه الأكثرُ . وقال القاضى : ليسَ له فى هذه المَسْأَلَةِ رَدُّ أحَدِهما ، وله الرَّدُّ فى المَسْأَلَةِ الآتِيَةِ . قال فى « الحاوِى الكَبِيرِ » : وإنْ بانَا مَعِيبَيْن ، رَدَّهُما أو أمْسَكَهُما . وقيل : هى كالمَسْأَلَةِ الأُولَى – وهى ما إذا كان أحدُهما مَعِيبًا – الآتِيَةِ .

قوله : وإن كان أحَدُهما مَعِيبًا ، فله رَدُّه بِقسْطِه . يعْنِى ، إذا أبَى أنْ يأْخُذَ الأَرْشَ . وقوْلُه : فله رَدُّه . يعْنِى ، لا يَمْلِكُ إلَّا رَدَّه وحدَه ؛ بدَليلِ الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ الآتِيَةِ . وهذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وعنه ، لا يَجُوزُ إلَّا رَدُّهما أو إمْساكُهما . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الفُروقِ الزَّرِيرانِيَّةِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » . وعنه ، له رَدُّ المَعِيبِ وحدَه ،

المقنع

وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مِمَّا يَنْقُصُهُ التَّفْرِيقُ ؛ كَمِصْرَاعَيْ بَابٍ ، وَزَوْجَيْ خُفٍّ ، أَوْ مِمَّنْ يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ؛ كَجَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَلَيْسَ لَهُ رَدُّ أَحَدِهِمَا .

الشرح الكبير

١٦٤٣ – مسألة : (فإن كان المَبِيعُ ممّا يَنْقُصُه التَّفرِيقُ ؛ كمِصْرَاعَىْ بابٍ ، أو زَوْجَى خُفٍّ ، أو مَن لا يَجُوزُ التَّفْرِيقُ بينهما ؛ كجارِيَةٍ ووَلَدِها ، فليس له رَدُّ أحَدِهما) لِما فيه مِن الضَّرَرِ على البائِعِ بنَقْصِ القِيمَةِ وسُوءِ المُشارَكَةِ ، ولقَوْلِ النَّبىِّ ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بينَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِها ، فَرَّقَ اللهُ بَيْنَه وبَيْنَ أحِبَّتِه يومَ القِيامَةِ » . [٢٧٩/٣و] رَواهُ

الإنصاف

ورَدُّهما معًا . قال فى « المُحَرَّرِ » : وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفائقِ » : وهو الأصَحُّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » .

فائدة : مِثْلُ ذلك لو اشْتَرَى طَعامًا فى وِعاءَيْن . ذكَرَه فى « التَّرْغِيبِ » وغيرِه . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى ذلك ، إذا كان المَبِيعُ ممَّا لا يُنْقِصُه التَّفْرِيقُ أو ممَّا لا يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ بينَهما ، كما صرَّح به المُصَنِّفُ بعدَ ذلك .

قوله : وإن كان المَبِيعُ ممَّا يُنْقِصُه التفْريقُ ؛ كمِصْراعَىْ بابٍ ، وزَوْجَىْ خُفٍّ ، وجارِيَةٍ ووَلَدِها ، فليس له رَدُّ أحَدِهما . (١وقال فى « الرِّعايَةِ » : وقيل : له رَدُّ أحَدِهما١) . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، سواءٌ كانَا [٨٣/٢ظ] مَعِيبَيْن ، أو أحَدُهما . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وقيل : له رُدُّ أحَدِهما مع أرْشِ نَقْصِ القِيمَةِ بالتَّفْرِيقِ المُباحِ . وقيل : إنْ تَلِفَ أحدُهما ، فله ردُّ المَعِيبِ

(١ – ١) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الْعَيْبِ : هَلْ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ ، أَوْ حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِى ، فَفِى أَيِّهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؟ رِوَايَتَانِ ، إِلَّا أَنْ لَا يَحْتَمِلَ إِلَّا قَوْلُ أَحَدِهِمَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ .

الشرح الكبير

التِّرْمِذِىُّ[1] . وفى ذلك اخْتِلافٌ ذَكَرْناه فيما مَضَى ، وهذا القَوْلُ هو الصَّحِيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

١٦٤٤ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى العَيْبِ : هل كان عند البائِعِ ، أو حَدَثَ عندَ المُشْتَرِى ، ففى أيِّهما يُقْبَلُ قَوْلُه ؟ رِوَايَتَانِ . إلَّا أنْ لا يَحْتَمِلَ إلَّا قولُ أحَدِهما ، فالقَوْلُ قولُه بغيْرِ يَمِينٍ) إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعانِ فى العَيْبِ ،

الإنصاف

الباقِى مع أَرْشِ نقْصِ قِيمَتِه بالتَّفْريقِ . انتهى .

تنبيه : قولُ المُصَنِّفِ : وجارِيَةٍ ووَلَدِها . كذا وُجِدَ فى نُسَخٍ مَقْرُوءَةٍ على المُصَنِّفِ ، وزادَ مَن أُذِنَ له فى الإِصْلاحِ : أو ممَّن يَحْرُمُ التَّفْريقُ بينَهما . قالَه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . قلتُ : وفى تَمْثِيلِ المُصَنِّفِ كِفايَةٌ ، ويُقاسُ عليه ما ذُكِرَ . وقد نَبَّه المُصَنِّفُ على ذلك فى كتابِ الجِهادِ .

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى العَيْبِ ؛ هل كان عندَ البائِعِ ، أو حدَث عند المُشْتَرِى ، ففِى أيِّهما يُقْبَلُ قَوْلُه ؟ رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ إحْداهما ، يُقبلُ قوْلُ المُشْتَرِى . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . قال

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/٢٨٤ .

الشرح الكبير

هل كان فى المَبيعِ قبلَ العَقْدِ ، أو حَدَثَ عند المُشْتَرِى ؟ فإن كان لا يَحْتَمِلُ إلَّا قَوْلَ أحَدِهما ، كالإِصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، والشَّجَّةِ المُنْدَمِلَةِ التى لا يُمْكِنُ حُدوثُ مِثْلِها ، والجُرْحِ الطارِئِ الذى لا يمكِنُ كَوْنُه قَدِيمًا ، فالقَوْلُ قوْلُ مَن يَدَّعِى ذلك ، بغَيْرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّا نَعْلَمُ صِدْقَهُ ، فلا حاجَةَ إلى اسْتِحْلافِه . وإنِ احْتَمَلَ قَوْلَ كُلٍّ واحِدٍ منهما ، كالخَرْقِ فى الثَّوْبِ ، والرَّفْوِ ، ونحوِهما ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهُما ، القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ، فَيَحْلِفُ باللهِ أنَّه اشْتَرَاهُ وبه هذا العَيْبُ ، أو أنَّه ما حَدَثَ عِنْدَه ، ويكونُ له الخِيارُ . اخْتَارَها الخِرَقِىُّ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ القَبْضِ فى الجُزْءِ الفائِتِ ، واسْتِحْقَاقُ ما يُقابِلُه مِن الثَّمَنِ ، ولُزُومُ العَقْدِ فى حَقِّهِ ، فكان القَوْلُ قَوْلَ مَن يَنْفِى ذلك ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَبْضِ المَبيعِ . والثانِيَةُ ، القَوْلُ قولُ البائِعِ مع يَمِينِه ، فيَحْلِفُ على حَسَبِ جَوابِه ، إنْ أجابَ أنَّه باعَهُ بَرِيئًا مِن العَيْبِ ، حَلَفَ على ذلك ، وإنْ أجَابَ أنَّه لا يَسْتَحِقُّ ، على[1] ما يَدَّعِيهِ مِن الرَّدِّ ،

الإنصاف

فى « إدْراكِ الغايَةِ » : يُقْبَلُ قوْلُ المُشْتَرِى فى الأظْهَرِ . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وهو منها . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يُقْبَلُ قوْلُ البائِعِ . وهى أنَصُّهما . واخْتارَها القاضى فى « الرِّوايتَيْن » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقدَّمها فى « المُحَرَّرِ » . وقال فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : وفرَّق بعضُهم بينَ أنْ يكونَ المَبيعُ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

حَلَفَ على ذلك . ويَمِينُه على البَتِّ ؛ لأَنَّ الأَيْمانَ كُلَّها على البَتِّ ، إلَّا ما كان على النَّفْيِ فى فِعْلِ الغَيْرِ . وعنه ، أنَّها على نَفْيِ العِلْمِ ، فيَحْلِفُ أنَّه ما يَعْلَمُ به عَيْبًا حالَ البَيْعِ . ذَكَرَها ابنُ أبى مُوسَى . والرِّوايَةُ الثانيَةُ مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ سَلامَةُ المَبِيعِ وصِحَّةُ العَقْدِ ، ولأَنَّ المُشْتَرِىَ يَدَّعِى عليه اسْتِحْقاقَ فَسْخِ البَيْعِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ .

فصل : وإذا باعَ الوَكِيلُ ، ثم ظَهَرَ المُشْتَرِى على عَيْبٍ كان بالمَبِيعِ ، فله رَدُّهُ على المُوَكِّلِ ؛ لأَنَّ المَبِيعَ يُرَدُّ بالعَيْبِ على مَن كان له . فإن كان العَيْبُ مِمّا يُمْكِنُ حُدُوثُه ، فأقَرَّ به الوَكِيلُ ، وأَنْكَرَه المُوَكِّلُ ، فقال أبو الخَطّابِ : يُقْبَلُ إقْرارُه على مُوَكِّلِه بالعَيْبِ ؛ لأَنَّه أمْرٌ يَسْتَحِقُّ به الرَّدَّ ، فقُبِلَ إقْرارُه به على مُوَكِّلِه ، كخِيارِ الشَّرْطِ . وقال أصحابُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ : لا يُقْبَلُ إقْرارُ الوَكِيلِ بذلك . قال شَيْخُنا[1] : وهو أصَحُّ ؛ لأَنَّه إقْرارٌ على الغَيْرِ ، فلم يُقْبَلْ ، كالأَجْنَبِىِّ . وفارَقَ خِيارَ الشَّرْطِ مِن حيث إنَّ المُوَكِّلَ يَعْلَمُ صِفَةَ سِلْعَتِه ، ولا يَعْلَمُ صِفَةَ العَقْدِ ، لغَيْبَتِه عنه .

الإنصاف

عَيْنًا مُعَيَّنَةً ، أو فى الذِّمَّةِ ؛ فإنْ كان فى الذِّمَّةِ ، فالقَوْلُ قولُ القابِضِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ الأصْلَ اشْتِغالُ ذِمَّةِ البائعِ ، فلم يَثْبُتْ بَراءَتُها . وقال فى « الإيضَاحِ » : يَتحالَفان ، كالحَلِفِ فى قَدْرِ الثَّمَنِ . على ما يأْتِى إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

فائدة : إذا قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُ المُشتَرِى . فمع يَمِينِه ، ويكونُ على البَتِّ . قالَه الأصحابُ . وإنْ قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُ البائعِ . فمع يَمِينِه ، وهى على حَسَبِ جَوابِه ،

---

(١) فى : المغنى ٦/٢٥١ .

الشرح الكبير

فعلى هذا ، إذا رَدَّهُ المُشْتَرِى على الوَكِيلِ ، لم يَمْلِكِ الوَكِيلُ رَدَّهُ على المُوَكِّلِ ؛ لأَنَّ رَدَّه بإقْرارِه[1] ، وهو غيرُ مَقْبُولٍ [٣/٢٧٩ظ] على غَيْرِه . ذَكَرَه القاضِى . فإنْ أنْكَرَه الوَكِيلُ فتوَجَّهَتِ اليَمِينُ عليه فنَكَلَ عنها ، فرُدَّ عليه بنُكُولِه ، فهل له رَدُّه على المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، ليس له رَدُّه ؛ لأَنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى إقْرارِه . والثانى ، له رَدُّه ؛ لأَنَّه رَجَعَ إليه بغيرِ رِضَاهُ ، أشْبَهَ ما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ .

فصل : ولو اشْتَرَى جارِيَةً على أَنَّها بِكْرٌ ، فقال المُشْتَرِى : هى ثَيِّبٌ . أُرِيَتِ[2] النِّساءَ الثِّقَاتِ ، ويُقْبَلُ قَوْلُ واحِدَةٍ . فإنْ وَطِئَها المُشْتَرِى ، وقال : ما وَجَدْتُها بِكْرًا . خُرِّجَ فيه وَجْهَانِ ، بناءً على الاخْتِلَافِ فى العَيْبِ الحادِثِ .

الإنصاف

وتكونُ على البَتِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، على نَفْىِ العِلْمِ . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى .

قوله : إلَّا أن لا يَحْتَمِلَ إلَّا قَوْلُ أحَدِهما ، فالقَوْلُ قَوْلُه بغَيْرِ يَمِينٍ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وأكثرُهم قطَع به . وقيل : القَوْلُ قوْلُه مع يَمِينِه . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، إذا لم تَخْرُجْ عن يَدِه ، فإنْ خرَجَتْ عن يَدِه إلى غيرِه ، لم يَجُزْ له رَدُّه . نقَلَه مُهَنَّا ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

---

(١) فى م : « كإقراره » .
(٢) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

فصل : وإن رَدَّ المُشْتَرِى السِّلْعَةَ بعَيْبٍ ، فأنْكَرَ البائِعُ أنَّها سِلْعَتُه ، فالقَوْلُ قوْلُ البائِعِ مع يَمِينِه . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ونحوَه قال الأَوْزَاعِىُّ ، فإنَّه قال فى مَن صَرَفَ دَراهِمَ ، (1بدَنانِيرَ ، ثم رَجَع بدِرْهَمٍ 1) ، فقال الصَّيْرَفِىُّ(2) : ليس(3) هذا دِرْهَمِى . يَحْلِفُ الصَّيْرَفِىُّ : باللهِ لقد وَفَّيْتُكَ . ويَبْرَأُ ؛ لأَنَّ البائِعَ مُنْكِرٌ كَوْنَ هذه سِلْعَتَه ، ومُنْكِرٌ اسْتِحْقَاقَ الفَسْخِ ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . فأمّا إن جاءَ لِيَرُدَّ السِّلْعَةَ بخِيَارٍ ،

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، لو ردَّ المُشْتَرِى السِّلْعَةَ بعَيْبٍ ، فأنْكَر البائعُ أنَّها سِلْعَتُه ، فالقَوْلُ قوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ كوْنَ هذه سِلْعَتَه ، ومُنْكِرٌ اسْتِحْقاقَ الفَسْخِ ، والقَوْلُ قوْلُ المُنْكِرِ . الثَّانيةُ ، لو ردَّ المُشْتَرِى السِّلْعَةَ بخِيارِ الشَّرْطِ ، فأنْكَر البائعُ أنَّها سِلْعَتُه ، فالقَوْلُ قوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّهما اتَّفَقا على اسْتِحقاقِ فَسْخِ العَقْدِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ بخِلافِه . وهذان الفَرْعان نصَّ عليهما الإمامُ أحمدُ . وجزَم بهما المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، قُبَيْلَ بابِ السَّلَمِ : وإنْ ردَّه بعَيْبٍ ، فقال : ليسَ هذا المَبِيعُ الذى قَبَضْتَه مِنِّى . صُدِّقَ إن حلَف . واخْتارَ فيها هذا ، إنْ كان عيَّنَه فى العَقْدِ ، وإنْ عيَّنَه بعدَه عمَّا وجَب فى ذِمَّتِه بالعَقْدِ ، صُدِّقَ المُشْتَرِى إنْ حلَف . انتهى . الثَّالثةُ ، لو باعَ سِلْعَةً بنَقْدٍ أو غيرِه ، مُعَيَّنٍ حالَ العَقْدِ ، وقبَضَه البائعُ ، ثم أحْضَرَه وبه عَيْبٌ ، وادَّعَى أنَّه الذى دَفَعَه إليه المُشْتَرِى ، وأنْكَرَ المُشْتَرِى كوْنَه الذى اشْتَرَى به ، ولا بَيِّنَةَ لواحدٍ منهما ، فالقَوْلُ قوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ براءَةُ ذِمَّتِه ،

(1 - 1) زيادة من : ر 1 .

(2) فى م : « للصيرفى » .

(3) زيادة من : ر 1 .

الشرح الكبير

فأنْكَرَ البائِعُ أنَّها سِلْعَتُه ، فحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، أنَّ القَوْلَ قولُ المُشْتَرِى . وهو قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّهُما

الإنصاف

وعدَمُ وُقوعِ العَقْدِ على هذا المَعِيبِ . ولو كان الثَّمَنُ فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَه المُشْتَرِى الثَّمَنَ ، أو قَبَضَه مِن قَرْضٍ ، أو سلَمٍ ، أو غيرِ ذلك ممَّا هو فى ذِمَّتِه ، ثم اخْتلَفا كذلك ، ولا بَيِّنَةَ ، فالقَوْلُ قوْلُ البائعِ ، وهو القابِضُ مع يَمِينِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّ القَوْلَ فى الدَّعاوَى قوْلُ مَنِ الظاهِرُ معه ، والظَّاهِرُ مع البائعِ ؛ لأنَّه ثبَت له فى ذِمَّةِ المُشْتَرِى ما انْعَقَدَ عليه العَقْدُ غيرَ مَعِيبٍ ، فلم يُقْبَلْ .

قوله : فى بَراءَةِ ذِمَّتِه . جزَمَ به فى « الفُروقِ الزَّرِيرَانِيَّةِ » . وصحَّحَه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » فى بابِ أحْكامِ القَبْضِ ، فى أثْناءِ الفَصْلِ الرَّابعِ ، وصحَّحَه فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فى بابِ السَّلَمِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، قبلَ القَرْضِ بفَصْلٍ : ولو قال المُسْلِمُ : هذا الذى أقْبَضْتَنِى وهو مَعِيبٌ . فأنْكَرَ أنَّه هذا ، قُدِّمَ قَوْلُ القابضِ . انتهى . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ، وهو المَقْبُوضُ منه ؛ لأنَّه قد أقْبَضَ فى الظَّاهِرِ ما عليه . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » [٢/٨٤و] ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، فى آخِرِ بابِ القَبْضِ . ومَحَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يُخْرِجْه عن يَدِه ، كما تقدَّم فى التى قبلَها .

تنبيه : هذه طَرِيقَةُ صاحبِ « الفُروقِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِيَيْنِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، فى هذه المَسْألَةِ . وقال فى « القَواعِدِ » ، فى الفائِدَةِ السَّادِسَةِ : لو باعَه سِلْعَةً بنَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، ثم أتاه به ، فقال : هذا الثَّمَنُ وقد خرَجَ مَعِيبًا . وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، ففيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، إنْ قُلْنا : النُّقودُ تتعَيَّنُ بالتَّعْيِينِ . فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه يَدَّعِى عليه اسْتِحْقاقَ الرَّدِّ ، والأصْلُ عدَمُه ، وإنْ قُلْنا : لا يتعَيَّنُ . فوَجْهان ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قوْلُ المُشْتَرِى أيضًا ؛ لأنَّه أقْبَضَ فى الظَّاهِرِ ما

....

الشرح الكبير

اتَّفقَا على اسْتِحْقاقِ فَسْخِ العَقْدِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ بخِلافِه .

الإنصاف

عليه . والثَّانِى ، قَوْلُ القابِضِ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ فى ذِمَّتِه ، والأصْلُ اشْتِغالُها به ، إلَّا أنْ يَثْبُتَ بَراءَتُها منه . وهى طَرِيقَتُه فى « المُسْتَوْعِبِ » . الطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، إنْ قُلْنا : النُّقودُ لا تتَعَيَّنُ . فالقَوْلُ قوْلُ البائعِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه قد ثبَت اشْتِغالُ ذِمَّةِ المُشْتَرِى بالثَّمنِ ، ولم يَثْبُتْ بَراءَتُها منه ، وإنْ قُلْنا : تتَعَيَّنُ . فوَجْهان مُخَرَّجان مِنَ الرِّوايتَيْن ، فيما إذا ادَّعَى كلُّ واحدٍ[1] مِنَ المُتَبايِعَيْن أنَّ العَيْبَ حدَث عندَه فى السِّلْعَةِ ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قوْلُ البائعِ ؛ لأنَّه يدَّعِى سلامَةَ العَقْدِ ، والأصْلُ عدَمُه ، ويدَّعِى عليه ثُبُوتَ الفَسْخِ ، والأصْلُ عدَمُه . والثَّانِى ، قَوْلُ القابِضِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ التَّسْليمَ ، والأصْلُ عدَمُه . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى بعضِ تَعاليقِه . وجزَم صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، بأنَّ القَوْلَ قوْلُ البائعِ ، إذا أنْكَرَ أنْ يكونَ المَرْدودُ بالعَيْبِ هو المَبِيعَ ، ولم يحْكِيا خِلافًا ، ولا فَصْلًا بينَ أنْ يكونَ المَبِيعُ فى الذِّمَّةِ أو مُعيَّنًا ؛ نَظرًا إلى أنَّه يدَّعِى عليه اسْتِحْقاقَ الرَّدِّ ، والأصْلُ عدَمُه . وذكَر الأصحابُ مِثْلَ ذلك فى مَسائلِ الصَّرْفِ . وفرَّق السَّامَرِّىُّ فى « فُروقِه » بينَ أنْ يكونَ المَرْدودُ بعَيْبٍ وَقعَ عليه مُعَيَّنًا ، فيكونَ القَوْلُ قوْلَ البائعِ ، وبينَ أنْ يكونَ فى الذِّمَّةِ ، فيكونَ القَوْلُ قوْلَ المُشْتَرِى ، لِمَا تقدَّم . وهذا فيما إذا أنْكَرَ المُدَّعَى عليه العَيْبَ ، أنَّ مالَه كان مَعِيبًا . أمَّا إنِ اعْترَفَ بالعَيْبِ ، فقد فَسَخ صاحِبُه ، وأنْكَرَ أنْ يكونَ هو هذا المُعَيَّنَ ، فالقَوْلُ قوْلُ مَن هو فى يَدِه . صرَّح به فى التَّفْليسِ فى « المُغْنِى » ، مُعَلِّلًا بأنَّه قَبِلَ اسْتِحْقاقَ ما ادَّعَى عليه الآخَرُ ، والأصْلُ معه ، ويَشْهَدُ له أنَّ المَبِيعَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، إذا ردَّه المُشْتَرِى بالخِيارِ ، فأنْكَر البائعُ أنْ يكونَ هو المَبِيعَ ، فالقَوْلُ قوْلُ المُشْتَرِى . حكَاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ؛ لاتِّفاقِهما على اسْتِحْقاقِ

---

(1) زيادة من : ش .

وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا تَلْزَمُهُ عُقُوبَةٌ مِنْ قِصَاصٍ أَوْ غَيْرِه ، يَعْلَمُ الْمُشْتَرِى

١٦٤٥ – مسألة : (ومَن باعَ عَبْدًا تَلْزَمُه عُقُوبَةٌ مِن قِصاصٍ أو

الفَسْخِ بالخِيارِ . وقد يَنْبَنِى على ذلك ، أنَّ المَبِيعَ بعدَ الفَسْخِ بعَيْبٍ ونحوِه ، هل هو أمَانَةٌ في يَدِ المُشْتَرِى ، أو مَضْمونٌ عليه ؟ فيه خِلافٌ . وقد يكونُ مَأْخَذُه أنَّه أمانَةٌ عندَه . ومِنَ الأصحابِ مَن علَّلَ بأنَّ الأصْلَ براءَةُ ذِمَّةِ البائعِ ممَّا يُدَّعَى عليه ، فهو كما لو أقرَّ بعَيْنٍ ، ثم أحْضَرَها ، فأنْكَرَ المُقَرُّ له أنْ تكونَ هي المُقَرَّ بها ، فإنَّ القَوْلَ قوْلُ المُقِرِّ مع يَمِينِه . انتهى كلامُه فى « القَواعِدِ » . الرَّابعةُ ، لو باعَ الوَكيلُ شيئًا ، ثم ظهَرَ المُشْتَرِى على عَيْبٍ ، فله ردُّه على المُوَكِّلِ ، فإنْ كان ممَّا يُمْكِنُ حدُوثُه ، فأقَرَّ الوَكيلُ أنَّه كان مَوْجُودًا حالةَ العَقْدِ ، وأنْكرَ المُوَكِّلُ ، فقال أبو الخَطَّابِ : يُقْبَلُ إقرارُه على مُوَكِّلِه بالعَيْبِ . قال المُصَنِّفُ : والأصحُّ أنَّه لا يُقْبَلُ . وصحَّحَه فى « الفائقِ » . وظاهِرُ « الشَّرْحِ » ، الإطْلاقُ . الخامسةُ ، لو اشْتَرَى جارِيَةً على أنَّها بِكْرٌ ، فقال المُشْتَرِى : هى ثَيِّبٌ . أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتِ ، ويُقْبَلُ قَوْلُ واحِدَةٍ ، فإنْ وَطِئَها المُشْتَرِى ، وقال : ما وَجَدْتُها بِكْرًا . خُرِّجَ فيها وَجْهان ، بِناءً على العَيْبِ الحادِثِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . السَّادِسَةُ ، لو باعَ أمَةً بعَبْدٍ ، ثم ظهَر بالعَبْدِ عَيْبٌ ، فله الفَسْخُ ، وأخْذُ الأمَةِ أو قِيمَتِها لعِتْقِ مُشْتَرٍ ، وليس لبائعِ الأمَةِ التَّصَرُّفُ فيها قبلَ الاسْتِرْجاعِ بالقَوْلِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِى عليها تامٌّ مُسْتَقِرٌّ ، فلو أقْدَم البائعُ وأعْتَقَ الأمَةَ أو وَطِئَها ، لم يَكُنْ ذلك فَسْخًا ، و لم يَنْفُذْ عِتْقُه . قالَه القاضى . وذكَر فى « المُحَرَّرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصُولِ » ، احْتِمالًا أنَّ وَطْئَه اسْتِرْجاعٌ .ورَدَّه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » .

قوله : ومَن باعَ عَبْدًا تَلْزَمُه عُقُوبَةٌ مِن قِصاصٍ أو غَيْرِه ، يَعْلَمُ المُشْتَرِى ذلك ، فلا شَىْءَ له – بلا نِزاعٍ – وإن عَلِمَ بعد البَيْعِ ، فله الرَّدُّ أوِ الأَرْشُ .

المقنع

ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ [٩٩ظ] . وَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ الْبَيْعِ ، فَلَهُ الرَّدُّ ، أَوِ الْأَرْشُ . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى قُتِلَ ، فَلَهُ الْأَرْشُ .

الشرح الكبير

غيره ، يَعْلَمُ المُشْتَرِى ذلك ، فلا شىءَ له) لأنَّه رَضِىَ به مَعِيبًا ، أشْبَهَ سائِرَ المَعِيباتِ . وهذا قَوْلُ الشّافِعِىِّ (وإنْ عَلِمَ بعدَ البَيْعِ ، فله الرَّدُّ ، أو الأَرْشُ) على أصْلِنا ، كغَيْرِه مِن العُيُوبِ .

١٦٤٦ – مسألة : (فإنْ لم يَعْلَمْ حتى قُتِلَ ، فله الأَرْشُ) لتَعَذُّرِ الرَّدِّ . وهو قِسْطُ ما بَيْنَ قِيمَتِه جانِيًا ، وغيرَ جانٍ ، ولا يَبْطُلُ البَيْعُ من أصْلِه . وبه قال بَعْضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ : يَرْجِعُ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ تَلَفَه كان بمَعْنًى اسْتُحِقَّ عند البائعِ ، فجَرَى مَجْرَى إتْلافِه إيّاهُ . ولَنا ، أنَّه تَلِفَ عند المُشْتَرِى بالعَيْبِ الذى كان فيه ، فلم يُوجِبِ الرُّجُوعَ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ، كما لو كان مَرِيضًا فماتَ بدَائِه ، أو مُرْتَدًّا فَقُتِلَ برِدَّتِه ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه . ولا يَصِحُّ قِياسُهم على إتْلَافِه ؛ لأنَّه لم يُتْلِفْه ، فلم يَشْتَرِكا فى المُقْتَضِى . وإنْ كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقَطْعِ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ لم يَعْلَمْ حتى قُتِلَ ، فله الأَرْشُ . يعْنِى ، يتَعَيَّنُ له الأَرْشُ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وخرَّج مالِكٌ الفَسْخَ ، وغَرِمَ قِيمَتَه ، وأخَذ ثَمنَه الذى وزَنَه . وذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » .

فائدة : لو كانتِ الجِنايَةُ مِنَ العَبْدِ مُوجِبَةً للقَطْعِ ، فقُطِعَتْ يَدُه عندَ المُشْتَرِى ، فقد تعَيَّبَ عندَه ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ القَطْعِ دُونَ حَقِيقَتِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وهل يَمْنَعُ ذلك ردَّه بعَيْبِه ؟ على رِوايَتَيْن . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قلتُ : الذى يَظْهَرُ ، أنَّ ذلك ليس بحُدوثِ عَيْبٍ عندَ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مُسْتَحَقٌّ قبلَ البَيْعِ ، غايَتُه

المقنع

وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، وَالسَّيِّدُ مُعْسِرٌ ، قُدِّمَ حَقُّ الْمَجْنِىِّ عَلَيْهِ ، وَلِلْمُشْتَرِى الْخِيَارُ . وَإِنْ كَانَ السَّيِّدُ مُوسِرًا ، تَعَلَّقَ الْأَرْشُ بِذِمَّتِهِ ، وَالْبَيْعُ لَازِمٌ .

الشرح الكبير

فَقُطِعَت يَدُه عند المُشْتَرِى ، فقد تَعَيَّبَ عِنْدَه ؛ لأَنَّ اسْتِحْقاقَ القَطْعِ دونَ حَقِيقَتِه ، فهل يَمْنَعُ ذلك رَدَّه بعَيْبِه ؟ على رِوَايَتَيْنِ .

١٦٤٧ – مسألة : (وإنْ كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، والسَّيِّدُ مُعْسِرٌ ، قُدِّمَ حَقُّ المَجْنِىِّ عليه . وللمُشْتَرِى الخِيَارُ) إذا لم يَكُنْ عالِمًا (وإنْ كان السَّيِّدُ مُوسِرًا ، تَعَلَّقَ الأَرْشُ بذِمَّتِه ، والبَيْعُ لازِمٌ) إذا كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، أو للقَوَدِ ، فعُفِىَ [٣/٢٨٠و] عنه إلى مالٍ ، فعلى السيِّدِ فِداؤُه ، ويَزُولُ الحَقُّ عن رَقَبَةِ العَبْدِ بِبَيْعِه ؛ لأَنَّ للسَّيِّدِ الخِيَرَةَ بين تَسْلِيمِه وفِدائِه . فإذا باعَه تَعَيَّنَ عليه فِداؤُه ؛ لإِخْراجِ العَبْدِ عن مِلْكِه . ولا خِيارَ للمُشْتَرِى ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ عليه ، إذ الرُّجُوعُ على غيرِه ، هذا إذا كان السَّيِّدُ موسِرًا . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : لا يَلْزَمُ السَّيِّدَ فِداؤُه ؛ لأنَّ أَكْثَرَ ما فيه أنَّه الْتَزَمَ فِداءَه ، ولا يَلْزَمُه ذلك[1] ، كما لو قال الرَّاهِنُ : أنا أَقْضِى الدَّيْنَ مِن الرَّهْنِ . ولَنا ، أنَّه أزال مِلْكَه عن الجانى ، فلَزِمَه فِداؤُه ، كما لو أَتْلَفَه . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ . وإن كان البائِعُ مُعْسِرًا ، لم يَسْقُطْ حَقُّ المَجْنِىِّ عليه مِن رَقَبَةِ الجانِى ؛ لأَنَّ المالِكَ إنَّما يَمْلِكُ نَقْلَ حَقِّهِ عن رَقَبَتِه

الإنصاف

أنَّه اسْتَوفَى ما كان مُسْتَحَقًّا ، فلا يُسْقِطُ ذلك حَقَّ المُشْتَرِى [٢/ ٨٤ظ] مِنَ الرَّدِّ .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : السَّادِسُ ، خِيَارٌ يَثْبُتُ فِى التَّوْلِيَةِ ، وَالشَّرِكَةِ ، وَالْمُرَابَحَةِ ، وَالْمُوَاضَعَةِ . وَلَابُدَّ فِى جَمِيعِهَا مِنْ مَعْرِفَةِ الْمُشْتَرِى رَأْسَ الْمَالِ .

الشرح الكبير

بفِدَائِه ، أو ما يَقُومُ مَقامَه ، ولا يَحْصُلُ ذلك مِن ذِمَّةِ المُعْسِرِ ، فيَبْقَى الحَقُّ فى رَقَبَتِه بحالِه مُقَدَّمًا على حَقِّ المُشْتَرِى . وللمُشْتَرِى خِيارُ الفَسْخِ إنْ لم يَكُنْ عالِمًا ، فإنْ فَسَخَ ، رَجَعَ بالثَّمَنِ ، وإنْ لم يَفْسَخْ ، وكانتِ الجِنايَةُ مُسْتَوْعِبَةً لرَقَبَةِ العَبْدِ ، فأخذَ بها ، رَجَعَ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ أيضًا ؛ لأنَّ أرْشَ مثلِ هذا جَمِيعُ ثَمَنِه ، وإنْ لم تَكُنْ مُسْتَوْعِبَةً ، رَجَعَ بقَدْرِ أَرْشِه . وإنْ كان عالِمًا بعَيْبِه ، راضِيًا بتَعَلُّقِ الحَقِّ به ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّه اشْتَرَى مَعِيبًا عالِمًا بعَيْبِه . فإنِ اخْتارَ المُشْتَرِى فِداءَه ، فله ذلك ، والبَيْعُ بحالِه ؛ لأنَّه يَقُومُ مَقامَ البائِعِ بين تَسْلِيمِه وفِدائِه ، وحُكْمُه فى الرُّجُوعِ بما فَداهُ به على البائِعِ حُكْمُ قَضاءِ الدَّيْنِ عنه ، على ما نَذْكُرُه فى مَوْضِعِه .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (السادِسُ ، خِيارٌ يَثْبُتُ فى التَّوْلِيَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُرَابَحَةِ ، والمُواضَعَةِ . ولا بُدّ فى جَمِيعِها من مَعْرِفَةِ المُشْتَرِى رَأْسَ المالِ) هذه أنْواعٌ من أنْواعِ البَيْعِ ، وإنّما اخْتَصَّتْ بأَسْماءٍ ، كاخْتِصاصِ السَّلَمِ [1] ، ويَثْبُتُ فيها الخِيارُ إذا أَخْبَرَه بزِيادَةٍ فى الثَّمَنِ ، أو نحوِ ذلك ، فيَثْبُتُ للمُشْتَرِى الخِيارُ ، كما لو أَخْبَرَه بأنَّه كاتِبٌ أو صانِعٌ ، فاشْتَراهُ بثَمَنٍ ، فبانَ بخِلافِه . ولابُدَّ فى جَمِيعِ هذه الأنْواعِ

الإنصاف

. . . .

(1) فى ق ، ر 1 : « المسلم » .

المقنع وَمَعْنَى التَّوْلِيَةِ ؛ الْبَيْعُ بِرَأْسِ الْمَالِ ، فَيَقُولُ : وَلَّيْتُكَهُ . أَوْ : بِعْتُكَهُ بِرَأْسِ مَالِهِ . أَوْ : بِمَا اشْتَرَيْتُهُ . أَوْ : بِرَقْمِهِ . وَالشَّرِكَةُ ؛ بَيْعُ بَعْضِهِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَصِحُّ بِقَوْلِهِ : أَشْرَكْتُكَ فِي نِصْفِهِ . أَوْ : ثُلُثِهِ .

الشرح الكبير من مَعْرِفَةِ الْمُشْتَرِى بِرَأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ مَعْرِفَةَ الثَّمَنِ مُتَوَقِّفَةٌ على العِلْمِ به ، والعِلْمُ بالثَّمَنِ شَرْطٌ ، فمتى فاتَ لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لفَواتِ شَرْطِه .

١٦٤٨ – مسألة : (ومَعْنَى التَّوْلِيَةِ ؛ البَيْعُ برَأْسِ المالِ ، فيَقُولُ : وَلَّيْتُكَهُ . أو : بِعْتُكَه برَأْسِ مالِه . أو : بما اشْتَرَيْتُهُ . أو : بِرَقْمِه) قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : لا بَأْسَ بِبَيْعِ الرَّقْمِ . والرَّقْمُ هو الثَّمَنُ المكتوبُ عليه إذا كان مَعْلومًا لهما حالَ العَقْدِ . وهذا قَوْلُ عامَّةِ العُلَماءِ . وكَرِهَ طاوُسٌ بَيْعَ الرَّقْمِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ بثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، فأَشْبَهَ ما لو ذَكَرَ مِقْدارَه ، أو إذا قال : بِعْتُكَ هذا بما اشْتَرَيْتُه . وقد عَلِماه ، فإن لم يَعْلَمْ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لجهالَةِ الثَّمَنِ .

١٦٤٩ – مسألة : (والشَّرِكَةُ ؛ بَيْعُ بَعْضِه بقِسْطِه من الثَّمَنِ . ويَصِحُّ بقَوْلِه : شَرَكْتُكَ فى نِصْفِه . أو : ثُلُثِه) إذا اشْتَرَى شَيْئًا ، [٢٨٠/٣ظ] فقال له رَجُلٌ : أشْرِكْنِى فى نِصْفِه بنِصْفِ الثَّمَنِ . فقال له :

الإنصاف قوله : والشَّرِكَةُ ؛ بَيْعُ بعضِه بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ . ويصِحُّ بقَوْلِه : أشْرَكْتُك فى نِصْفِه ، أو ثُلُثِه . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه ، لكِنْ لو قال : أشْرَكْتُك . وسكَت ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ويَنْصَرِفُ إلى النِّصفِ . وقيل : لا يصِحُّ . فعلى

الشرح الكبير

أَشْرَكْتُكَ . صَحَّ ، وصارَ مُشْتَرَكًا[1] بَيْنَهما ، إذا كان الثَّمَنُ مَعْلُومًا لهما . ولو قال : أَشْرِكْنِى فيه . أو قال : الشَّرِكة . فقال : شَرَكْتُكَ . أو قال : وَلِّنِى ما اشْتَرَيْتَ . ولم يَذْكُرِ الثَّمَنَ ، فقال : وَلَّيْتُك . صَحَّ ، إذا كان الثَّمَنُ مَعْلُومًا ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِى ابْتِياعَ جُزْءٍ منه بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، على ما ذكَرَ . والتَّوْلِيَةِ ؛ ابْتِياعُه بمثلِ الثَّمَنِ ، فإذا ذُكِرَ اسْمُه ، انْصَرَفَ إليه ، كما إذا قال : أَقِلْنِى . فقال : أَقَلْتُك . وفى حديثٍ عن زُهْرَةَ بنِ مَعْبَدٍ ، أنَّه كان يَخْرُجُ به جَدُّه عبدُ اللهِ بنُ هِشَامٍ إلى السُّوقِ ، فيَشْتَرِى الطَّعامَ ، فيَلْقَاهُ ابنُ عمرَ ، وابنُ الزُّبَيْرِ ، فيقولان له : أَشْرِكْنا ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ دَعَا لك بالبَرَكَةِ . فيُشْرِكُهم ، فرُبَّما أصابَ الرَّاحِلَةَ كما هى ، فيَبْعَثُ بها إلى المنزلِ . ذكَرَه البُخَارِىُّ[2] . ولو اشْتَرَى شيئًا فقال له رجُلٌ: أَشْرِكْنِى . فشرِكَهُ، انْصَرَفَ إلى النِّصْفِ؛ لأنَّها تَنْصَرِفُ إلى التَّسْوِيَةِ بإطْلَاقِها . فإنِ اشْتَرَى اثْنانِ عَبْدًا ، فقال لهما رَجُلٌ : أَشْرِكَانِى فيه . فقالا : أَشْرَكْنَاكَ .

الإنصاف

المذهبِ ، إنْ لَقِيَه آخرُ ، فقال : أَشْرِكْنِى . عالِمًا بشَرِكَةِ الأَوَّلِ ، فله نِصْفُ نَصِيبِه ؛ وهو الرُّبْعُ ، وإنْ لم يَكُنْ عالِمًا ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ البَيْعِ . وقيل : لايصِحُّ . فعلى المذهبِ ، يأْخُذُ نَصِيبَه كلَّه ؛ وهو النِّصْفُ ، وهو الصَّحيحُ . اخْتارَه القاضى ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « القاعِدَةِ السَّابعةِ والخَمْسِين » : لو باعَ أحدُ الشَّرِيكَيْن نِصْفَ السِّلْعَةِ المُشْتَرَكَةِ ، هل يتَنَزَّلُ البَيْعُ على نِصْفٍ مُشاعٍ -وإنَّما له نِصْفُه وهو الرُّبْعُ -أو على النِّصْفِ الذى يَخُصُّه بمِلْكِه ، وكذلك

---

(1) فى م : « شركًا » . وفى الأصل ، ق : « شريكا » .
(2) علقه فى : باب الشركة فى الطعام وغيره ، من كتاب الشركة . صحيح البخارى ٣/ ١٨٤ .

الشرح الكبير

احْتَمَلَ أنْ يكونَ له[1] النِّصْفُ ؛ لأَنَّ إشْرَاكَهُما لو كان من كُلِّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، لكان له النِّصفُ ، فكذلك حالُ الاجْتِماعِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ له الثُّلُثُ ؛ لأنَّ الاشْتِراكَ يُفِيدُ التَّساوِىَ ، ولا يَحْصُلُ التَّساوِى إلَّا بجَعْلِه بينهم أثْلاثًا . وهذا أصَحُّ ؛ لأنَّ إشْرَاكَ الواحِدِ إنَّما اقْتَضَى النِّصْفَ ؛ لحُصُولِ التَّسْوِيَةِ به . وإن شَرَكَهُ كُلُّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، كان له النِّصْفُ ، ولكُلِّ واحِدٍ منهما الرُّبْعُ . وإنْ قال : أَشْرِكانِى فيه . فشَرَكَهُ أحَدُهما ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يكونُ له نِصْفُ حِصَّةِ الذى شَرَكَهُ ، وهو الرُّبْعُ . وعلى الآخَرِ ، له السُّدْسُ ؛ لأنَّ طلبَ الشَّرِكَةِ بينهما يَقْتَضِى طلبَ ثُلُثِ ما فى يَدِ كُلِّ واحِدٍ منهما ؛ ليكُونَ مُساوِيًا لهما . فإذا أجابَهُ أحَدُهما ، ثَبَتَ له المِلْكُ فيما طلَبَ منه . وإن قال له أحَدُهما : أشْرَكْناكَ . انْبَنَى على تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ ، فإنْ قُلْنا : يَقِفُ على الإجَازَةِ . فأَجازَه ، فهل يَثْبُتُ له المِلْكُ فى نِصْفِه أو ثُلُثِه ؟ على الوَجْهَيْنِ . ولو قال لأَحَدِهما : أَشْرِكْنِى فى نِصْفِ هذا العَبْدِ . فشَرَكَه[2] ، فإنْ قُلْنا : يَقِفُ على الإجازَةِ من صاحِبِه .

الإنصاف

فى الوَصِيَّةِ ؟ فيه وَجْهان . واخْتارَ القاضى ، أنَّه يتنَزَّلُ على النِّصْفِ الذى يَخُصُّه كلِّه ، بخِلافِ ما إذا قال له : أَشْرَكْتُك فى نِصْفِه . وهو لا يَمْلِكُ سِوَى النِّصْفِ ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ منه الرُّبْعَ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ تقْتَضِى التَّساوِىَ فى المِلْكَين ، بخِلافِ البَيْعِ . والمَنْصُوصُ فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، أنَّه لا يصِحُّ بَيْعُ النِّصْفِ حتى يقولَ : نَصِيبِى . فإنْ أطْلَقَ ، تنَزَّلَ على الرُّبْعِ . انتهى . وقيل : يأْخُذُ نِصْفَ ما فى يَدِهِ ؛ وهو الرُّبْعُ .

---

(١) فى م : « لهما » .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فأَجازَه ، فله نِصْفُ العَبْدِ ، ولهما نِصْفُه ، وإلَّا فله نِصْفُ حِصَّةِ الذى شَرِكَهُ . فإنِ اشْتَرَى عَبْدًا ، فلَقِيَه رَجُلٌ ، فقال : أَشْرِكْنِى فى هذا العَبْدِ . فقال : قد شَرَكْتُك . فله نِصْفُه . فإنْ لَقِيَه آخَرُ ، فقال : أشْرِكْنِى فى هذا العَبْدِ . وكان عالِمًا بشرِكَةِ الأَوَّلِ ، فله رُبْعُ العَبْدِ ، وهو نِصْفُ حِصَّةِ الذى شرِكَهُ ؛ لأنَّ طَلَبَه للشَّرِكَةِ رَجَعَ إلى ما مَلَكَه المُشارِكُ ، وهو النِّصْفُ ، فكان بَيْنَهما . وإنْ لم يَعْلَمْ بشَرِكَةِ الأَوَّلِ ، فهو طَالِبُ نِصْفِ العَبْدِ ؛ لاعْتِقادِه أنَّ جَمِيعَ العَبْدِ لمَنْ طَلَبَ منه المُشَارَكَةَ . فإذا قال له : شَرَكْتُكَ . احْتَمَلَ ثَلاثَةَ أَوْجُهٍ ؛ أَحدُها ، أنْ يَصِيرَ له نِصْفُ العَبْدِ ، ولا يَبْقَى للذى شرِكَهُ شيءٌ ؛ لأنَّه طَلَبَ منه نِصْفَ [٢٨١/٣و] العَبْدِ ، فأَجَابَه إليه ، فصارَ كأنَّه قال : بِعْنِى نِصْفَ هذا العَبْدِ . فقال : بِعْتُك . وهذا قَوْلُ القاضِى . الثانى ، أنْ يَنْصَرِفَ قَوْلُه : شَرَكْتُكَ فيه . إلى نِصْفِ نَصِيبِه ونِصْفِ نَصِيبِ شَرِيكِه ، فيَنْفُذُ[1] فى نِصْفِ نَصِيبِه ، ويَقِفُ فى[2] الزَّائِدِ على إجازَةِ صاحِبِه ، على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لأنَّ لَفْظَ الشَّرِكَةِ يَقْتَضِى

الإنصاف

قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : له نِصْفُ ما فى يَدِه ، ونِصْفُ ما فى يَدِ شَرِيكِه إنْ أجازَ . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وعلى الوَجْهَيْن الأخِيرَيْن ، لطالِبِ الشَّرِكَةِ – وهو الأخِيرُ منهما – الخِيارُ ، إلَّا أنْ نَقُولَ بوُقوفِه على الإجازَةِ ، فى الوَجْهِ الثَّانِى ، ويُجِيزَه الآخَرُ . وإنْ كانتِ السِّلْعَةُ لاثْنَيْن ، فقال لهما آخَرُ : أَشْرِكانِى . فأَشْرَكاه معًا ، فله الثُّلُثُ . على الصَّحيحِ . صحَّحه المُصَنِّفُ ،

(١) فى م : « فيمتد » .

(٢) سقط من : م . وفى الأصل ، ر ١ : « على » .

الشرح الكبير

بيعَ[1] بَعْضِ نَصِيبِه ، ومُساوَاةَ المُشْتَرِى له . فلو باعَ جَمِيعَ نَصِيبِه ، لم يكُنْ[2] شَرِكَةً ؛ لأنَّه لا يَتَحَقَّقُ فيه ما طَلَبَ منه . الثالثُ ، لا يكونُ للثانى إلَّا الرُّبْعُ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ إنَّما تَثْبُتُ بقَوْلِ البائِعِ : شَرَكْتُكَ . لأنَّ ذلك هو الإيجابُ الناقِلُ للمِلْكِ ، وهو عالِمٌ أنَّه ليس له إلَّا نِصْفُ العَبْدِ ، فيَنْصَرِفُ إيجابُه إلى نِصْفِ مِلْكِه . وعلى هذين الوَجْهَيْنِ ، لطالِبِ الشَّرِكَةِ الخِيارُ ؛ لأنَّه إنَّما طَلَبَ النِّصْفَ ، فلم يَحْصُلْ له جَمِيعُه ، إلَّا أنْ نقولَ بوُقُوفِه على الإجازَةِ فى الوَجْهِ الثانى ، فيُجِيزُه[3] الآخَرُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا تَصِحَّ الشَّرِكَةُ أصْلًا ؛ لأنَّه طَلَبَ شِراءَ النِّصْفِ ، فأُجِيبَ فى الرُّبْعِ ، فصارَ بمَنْزِلَةِ ما لو قال : بِعْنِى نِصْفَ هذا العَبْدِ . فقال : بِعْتُكَ رُبْعَه .

فصل : ولو اشْتَرَى قَفِيزًا من الطَّعامِ ، فقَبَضَ نِصْفَه ، فقال له رَجُلٌ :

الإنصاف

والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . وقيل : له النِّصْفُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وإنْ أشْرَكَه كلٌّ واحدٍ منهما مُنْفرِدًا ، كان له النِّصْفُ ، ولكُلِّ واحدٍ منهما الرُّبْعُ . وإنْ قال : أَشْرِكَانِى فيه . فشَرَكَه أحدُهما - فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، وهو الصَّحيحُ - له السُّدْسُ ، وعلى الثَّانى له الرُّبْعُ . وإنْ قال أحدُهما : أشْرَكْناك . انْبَنَى على تصَرُّفِ الفُضُولِىِّ . فإنْ قُلْنا به ، وأجازَه ، فهل يَثْبُتُ له المِلْكُ فى ثُلُثِه أو نِصْفِه ؟ على الوَجْهَيْن .

فائدة : لو اشْتَرَى قَفِيزًا ، وقبَض نِصْفَه ، فقال له شَخْصٌ : بِعْنِى نِصْفَ هذا

---

(1) سقط من : م .

(2) بعده فى م : « له » .

(3) فى م : « فيخير » .

المقنع

وَالْمُرَابَحَةُ ؛ أَنْ يَبِيعَهُ بِرِبْحٍ ، فَيَقُولَ : رَأْسُ مَالِى فِيهِ مِائَةٌ بِعْتُكَهُ

الشرح الكبير

بِعْنِى نِصْفَ هذا القَفِيزِ . فباعَهُ ، انْصَرَفَ إلى النِّصْفِ المَقْبُوضِ ؛ لأَنَّ البَيْعَ يَنْصرِفُ إلى ما يَجُوزُ له بَيْعُه ، وهو المَقْبُوضُ . وإنْ قال : أشْرِكْنِى فى هذا القَفِيزِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . ففعَلَ ، لم تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ، إلَّا فيما قَبَضَ منه ، فيكُونُ النِّصْفُ المَقْبُوضُ بينهما ، لكُلِّ واحِدٍ منهما رُبْعُه برُبْعِ الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . هكذا ذَكَرَ القاضِى . قال شَيْخُنا[1] : والصَّحِيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ ، أَنَّ الشَّرِكَةَ تَنْصَرِفُ إلى النِّصْفِ كُلِّه ، فيكونُ بائِعًا لِما يَصِحُّ بَيْعُه وما لا يَصِحُّ ، فَيَصِحُّ فى نِصْفِ المَقْبُوضِ ، فى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ، ولا يَصِحُّ فيما لم يُقْبَضْ ، كما فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

١٦٥٠ – مسألة : (والمُرَابَحَةُ ؛ أَنْ يَبِيعَه برِبْحٍ ، فَيَقُولَ : رَأْسُ

الإنصاف

القَفِيزِ ، فباعَه ، انْصَرَفَ إلى نِصْفِ المَقْبُوضِ . وإنْ قال : أَشْرِكْنِى فى هذا القَفِيزِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ . ففَعَل ، لم تصِحَّ الشَّرِكَةُ إلَّا فيما قَبَض منه ، فيكونُ النِّصْفُ المَقْبُوضُ بينَهما . ذكَرَه القاضى . وقال المُصَنِّفُ : والصَّحِيحُ أنَّ الشَّرِكَةَ تنْصَرِفُ إلى النِّصْفِ كلِّه ، فيكونُ بائعًا لِما يصِحُّ بَيْعُه ومالا يصِحُّ ؛ فَيَصِحُّ فى نِصْفِ المَقْبُوضِ ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن ، ولا يصِحُّ فيما لم يُقْبَضْ ، كما قُلْنا فى تفْريقِ الصَّفْقَةِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وظاهِرُ « الشَّرْحِ » الإطْلاقُ .

قوله : والمُرابَحَةُ ؛ أن يبيعَه برِبْحٍ ، فيقُولَ : رَأْسُ مَالِى فيه مِائَةٌ ، بِعْتُكه بها ، ورِبْحِ عشَرَةٍ ، أو على أن أرْبَحَ فى كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . المَسْأَلَةُ الأُولَى ، وهى قوْلُه :

(١) فى : المغنى ٦/١٩٧ ، ١٩٨ .

المقنع بِهَا وَرِبْحِ عَشَرَةٍ . أَوْ : عَلَى أَنْ أَرْبَحَ فِي كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا .

الشرح الكبير مالِي فيه مائةٌ ، بِعْتُكَه بها ورِبْحِ عَشَرَةٍ) فهذا جائزٌ لا خِلافَ فى صِحَّتِه ، ولا نَعْلَمُ أحدًا كَرِهَه . وإنْ قال (عَلَى أنْ أَرْبَحَ فى كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا) أو قال : ده يازده . أو : ده دوازده[1] . فقد كَرِهَه أحمدُ . ورُوِيَتْ فيه الكَرَاهَةُ عن ابنِ عُمَرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، والحَسَنِ ، ومَسْرُوقٍ ، وعِكْرِمَةَ ، وسَعِيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، وعَطاءِ بنِ يَسارٍ . وقال إسحاقُ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ حالَ العَقْدِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو باعَهُ بما يَخْرُجُ به فى الحِساب . ورَخَّصَ فيه سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وابنُ سِيرِينَ ، وشُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ رَأْسَ المالِ مَعْلُومٌ ، والرِّبْحَ مَعْلُومٌ ، أشْبَهَ ما إذا قال : ورِبْحِ عَشَرَةِ دَراهِمَ . وَوَجْهُ الكَرَاهَةِ ، أنَّ ابنَ عمرَ ، وابنَ عَبّاسٍ كَرِهَاهُ ، ولم يُعْلَمْ لهما فى الصَّحَابَةِ مُخالِفٌ ؛ ولأنَّ فيه نَوْعًا مِن الجَهالَةِ ، فالتَّحَرُّزُ عنها أَوْلَى . وهذه كَرَاهَةُ تَنْزِيهٍ ، والبَيْعُ صَحِيحٌ ، والجَهالَةُ يمكِنُ إزَالَتُها بالحِسابِ ، فلم تَضُرَّ ، كما لو باعَهُ صُبْرَةً كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، أمّا ما يَخْرُجُ به الحِسابُ فمَجْهُولٌ فى الجُمْلَةِ [٢٨١/٣ظ] والتَّفْصِيلِ .

الإنصاف بِعْتُكه بها ، ورِبْحِ عَشَرَةٍ . لا تُكْرَهُ ، قوْلًا واحدًا . والمَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، وهى قوْلُه : على أنْ أرْبَحَ فى كلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . مَكْرُوهَةٌ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعَةِ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . نقَل الأَثْرَمُ ، أنَّه كَرِه بَيْعَ ده يازده . وهو هذا . ونَقَل أبو الصَّقْرِ ، هو الرِّبا . واقْتَصر عليه أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » . ونقَل أحمدُ بنُ هاشِمٍ ، كأنَّه

---

(١) فى م : « داوزده » . وهو فارسى بمعنى : العشر أحد عشر ، أو العشر اثنا عشر .

المقنع

وَالْمُوَاضَعَةُ ؛ أَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَهُ بِهَا ، وَوَضِيعَةَ دِرْهَمٍ مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ . فَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِىَ تِسْعُونَ دِرْهَمًا . وَإِنْ قَالَ : وَوَضِيعَةَ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ . لَزِمَهُ تِسْعُونَ وَعَشَرَةُ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ دِرْهَمٍ . [١٠٠و]

الشرح الكبير

١٦٥١ - مسألة : (والمُوَاضَعَةُ ؛ أنْ يَقُولَ : بِعْتُكَهُ بها ، وَوَضِيعَةَ دِرْهَمٍ من كُلِّ عَشَرَةٍ . فَيَلْزَمُ المُشْتَرِىَ تِسْعُونَ دِرْهَمًا) المُواضَعَةُ ؛ أنْ يُخْبِرَ برَأْسِ مالِه ، ويقُولَ : بِعْتُكَ هذا به ، وأَضَعُ لَكَ عَشَرَةً . فيَصِحُّ من غيرِ كَرَاهَةٍ . وإنْ قال : بوَضِيعَةِ دِرْهَمٍ من كُلِّ عَشَرَةٍ . كُرِهَ ؛ لِما ذَكَرْنا فى المُرَابَحَةِ ، وصَحَّ . فإذا كان رَأْسُ مالِه مائَةً ، لَزِمَهُ تِسْعُونَ ، ويكونُ الحَطُّ عَشَرَةً . وقال قَوْمٌ : يكونُ الحَطُّ دِرْهَمًا من كُلِّ أحدَ عَشَرَ ، فيكونُ ذلك تِسْعَةَ دَراهِمَ وجُزْءًا من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ ، ويَبْقَى تِسْعُونَ وعَشَرَةُ أجْزَاءٍ من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ . وهذا غَلَطٌ ؛ لأَنَّ هذا يكونُ حَطًّا من كُلِّ أحدَ عَشَرَ ، وهو غيرُ ما قالَه (فأمّا إنْ قال : بوَضِيعَةِ دِرْهَمٍ لكُلِّ عَشَرَةٍ) كانتِ الوَضِيعَةُ من كُلِّ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا دِرْهَمًا ، ويكونُ الباقِى تِسْعِينَ وعَشَرَةَ أجْزاءٍ من أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا من دِرْهَمٍ . وهذا

الإنصاف

دَراهِمُ بدَراهِمَ لا يصِحُّ . وقيل : لا يُكْرَهُ . وذكَرَه رِوايَةً فى « الحاوِى » ، و « الفائقِ » . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وحيثُ قُلْنا : إنَّه ليس برِبًا . فالبَيْعُ صَحِيحٌ ، بلا نِزاعٍ .

قوله : والمُواضَعَةُ ؛ أن يقُولَ : بِعْتُك هو بها ، ووَضِيعَةَ دِرْهَمٍ مِن كُلِّ عَشَرَةٍ . فيَلْزَمُ المُشْتَرِىَ تِسْعون دِرْهَمًا . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ

الشرح الكبير

قَوْلُ أبِى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ . وحُكِىَ عن أبِى ثَوْرٍ ، أنَّه قال : الحَطُّ هٰهُنا عَشَرَةٌ مثلُ الأُولَى . ولا يَصِحُّ ، فإنَّه إذا قال : لكُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمٌ ، يكونُ الدِّرْهَمُ من غيرِها ، فكأنَّه قال : من كُلِّ أحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ . وإذا قال : من كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . كان الدِّرْهَمُ من العَشَرَةِ[1] ، لأنَّ « مِنْ » للتَّبْعِيضِ ، فكأنَّه قال : آخُذُ من العَشَرَةِ تِسْعَةً ، وأحُطُّ منها دِرْهَمًا .

فصل : فإنْ باعَهُ السِّلْعَةَ مُرابَحَةً ، مثلَ أنْ يُخْبِرَه أنَّ ثَمَنَها مائَةٌ ، ويَرْبَحَ عَشَرَةً ، ثم عَلِمَ بِبَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ أنَّ ثَمَنَها تِسْعُونَ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنه زِيادَةٌ فى الثَّمَنِ ، فلم يَمْنَعِ الصِّحَّةَ ، كالعَيْبِ ، وللمُشْتَرِى الرُّجُوعُ على البائِعِ بما زادَ فى الثَّمَنِ ، وهو عَشَرَةٌ ، وحَطُّها من الرِّبْحِ ، وهو دِرْهَمٌ . فيَبْقَى على المُشْتَرِى تِسْعَةٌ وتِسْعُونَ دِرْهَمًا . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبِى لَيْلَى . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشّافِعِىِّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يُخَيَّرُ بين الأَخْذِ بكُلِّ الثَّمَنِ ، أو يَتْرُكُ ، قِياسًا على المَعِيبِ[2] . ولَنا ، أنَّه باعَهُ برأْسِ مالِه وما قَدَّرَهُ من الرِّبْحِ ، فإذا بانَ رَأْسُ مالِه قَدْرَه[3] ، كان مَبِيعًا به وبالزِّيادَةِ التى اتَّفَقا

الإنصاف

الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وغيرِه . وقيل : يَلْزَمُه تِسْعون دِرْهَمًا ، وعشَرَةُ أجْزاءٍ مِن أحَدَ عَشَرَ جُزْءًا مِن دِرْهَمٍ[4] ، كما لو قال : ووَضِيعَة دِرْهَمٍ لكُلِّ عشَرَةٍ ، أو عن كلِّ عشَرَةٍ . اخْتارَه القاضى . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » . وصحَّحَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . قال الشَّارِحُ : وهذا

---

(١) فى م : « العدة » .

(٢) فى الأصل ، ق ، م : « المبيع » .

(٣) فى الأصل ، ق ، م : « قدرا » .

(٤) فى الأصل ، ط : « دراهم » .

الشرح الكبير

عليها ، والمَعِيبُ كذلك عِنْدَنا ، فإنَّ له أَخْذَ الأَرْشِ ، ثم الفَرْقُ بَيْنَهما أنَّ المَعِيبَ لم يَرْضَ به إلَّا بالثَّمَنِ المَذْكُورِ ، وههُنا رَضِىَ فيه برَأْسِ المالِ والرِّبْحِ المُقدَّرِ . وهل للمُشْتَرِى الخِيارُ ؟ فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّ المُشْتَرِىَ مُخَيَّرٌ بينَ أخْذِ المبيعِ برَأْسِ مالِه وحِصَّتِه مِن الرِّبْحِ ، وبينَ تَرْكِه . نَقَل ذلك حَنْبَلٌ . وهو قولٌ للشافعىِّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ لا يَأْمَنُ الخِيَانَةَ فى هذا الثَّمَنِ أيْضًا ، ولأنَّه رُبَّمَا كان له غَرَضٌ فى الشِّراءِ بذلك الثَّمَنِ ؛ لكَوْنِه حالِفًا ، أو وَكِيلًا ، أو غيرَ ذلك . فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا خِيارَ له . وحُكِىَ قَوْلًا للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه رَضِيَه بمائَةٍ وعَشَرَةٍ ، فإذا حَصَلَ له بدونِ ذلك فقد زادَه خَيْرًا ، فلم يَثْبُتْ له الخِيَارُ ، كما لو اشْتَرَاهُ على أنَّه مَعِيبٌ ، فبانَ صَحِيحًا ، أو وُكِّلَ فى شِراءِ مُعَيَّنٍ بمائَةٍ ، فاشْتَراهُ بتِسْعِينَ . وأمَّا البائِعُ فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه باعَهُ برَأْسِ مالِه وحِصَّتِه من الرِّبْحِ ، وقد حَصَلَ له ذلك .

فصل : وإن قال فى المُرَابَحَةِ : رَأْسُ مالِى فيه [٣/٢٨٢و] مائَةٌ ، وأَرْبَحُ عَشَرَةً . ثم قال : غَلِطْتُ ، رَأْسُ مالِى فيه مائَةٌ وعَشَرَةٌ . لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا ببيِّنَةٍ تَشْهَدُ أنَّ رَأْسَ مالِه عليه ما قاله ثانِيًا . ذَكَرَهُ ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمدَ ، وإسحاقَ . ورَوَى أبو طالِبٍ عن أحمدَ ، إذا كان البائِعُ مَعْرُوفًا بالصِّدْقِ ،

الإنصاف

غَلَطٌ . وقيل : يَلْزَمُه تِسْعون دِرْهَمًا ، وتِسْعَةُ أعْشارِ دِرْهَمٍ . وحَكاه الأَزَجِىُّ رِوايَةً . قال فى « الرِّعايَةِ » : وهو سَهْوٌ . وهو كما قال .

فائدتان ؛ إحْداهما ، متى بانَ الثَّمَنُ أقَلَّ ، حَطَّ الزِّيادَةَ ، ويحُطُّ فى [٢/ ٨٥و] المُرابَحَةِ قِسْطَها ، ويَنْقُصُه فى المُواضَعَةِ ، ولا خِيارَ له فيها . على الصَّحيحِ مِنَ

الشرح الكبير

قُبِلَ قَوْلُه ، وإنْ لم يكُنْ صَدُوقًا ، جازَ البَيْعُ . قال القاضِى : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ البائعِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه لَمَّا دَخَلَ معه فى المُرَابَحَةِ فقد ائْتَمَنَهُ ، والقَوْلُ قَوْلُ الأمينِ مع يَمِينِه ، كالوَكِيلِ والمُضارِبِ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ، وكَوْنُ البائعِ مُؤْتَمنًا لا يُوجِبُ قَبُولَ دَعْواهُ فى الغَلَطِ ، كالمُضارِبِ إذا أقَرَّ برِبْحٍ ، ثم قال : غَلِطْتُ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قولُ البائعِ وإنْ أقامَ بَيِّنَةً ، حتى يُصَدِّقَه المُشْتَرِى . وهو قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّهُ أَقَرَّ بالثَّمَنِ ، وتَعَلَّقَ به حَقُّ الغَيْرِ ، فلا يُقْبَلُ رجُوعُه وإنْ أقامَ بَيِّنَةً ؛ لإقْرارِه بكَذِبِها . ولَنا ، أنّها بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، شَهِدَتْ بما يَحْتَمِلُ الصِّدْقَ ، فتُقْبَلُ ، كَسائِرِ البَيِّناتِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّهُ أَقَرَّ بخِلافِها ؛ فإنَّ الإقْرارَ يكونُ لغيرِ المُقِرِّ ، وحالَةَ إخْبارِه بثَمَنِها لم يكنْ عليه حَقٌّ لغَيْرِه ، فلم يكُنْ إقْرارًا . فإنْ لم تكُنْ له بَيِّنَةٌ ، أو كانت له بَيِّنَةٌ ، وقُلْنا : لا تُقْبَلُ . فادَّعَى أنَّ المُشْتَرِىَ يَعْلَمُ غَلَطَه ، فأنْكَرَ المُشْتَرِى ، فالقَوْلُ قَوْلُه . فإنْ طَلَبَ يَمِينَه ، فقال القاضِى : لا يَمِينَ عليه ؛ لأنَّه مُدَّعٍ ، واليَمِينُ على المُدَّعَى عليه . ولأنَّه قد أقَرَّ له ، فيَسْتَغْنِى بالإقْرارِ عن اليَمِينِ . والصَّحِيحُ أنَّ عليه اليَمِينَ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّه ادَّعَى عليه ما يُلْزِمُه رَدَّ السِّلْعَةِ ، أو زِيادَةً فى ثَمَنِها ، فلَزِمَهُ اليَمِينُ ، كمَوْضِعِ الوِفاقِ . وليس هو هٰهُنا مُدَّعِيًا ، إنَّما هو مُدَّعًى عليه العِلْمُ بمِقْدارِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ . وإنْ قُلْنا : يُقْبَلُ قولُ البائعِ . أو قامَتْ له بَيِّنَةٌ بما ادَّعاهُ ، وقلنا : تُقْبَلُ بَيِّنَتُه . فللمُشْتَرِى

الإنصاف

المذهبِ . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الأكثرُ . وعنه ، بلَى . الثَّانيةُ ، حُكْمُ بَيْعِ المُواضَعَةِ – فى الكَراهَةِ وعدَمِها ، والصِّحَّةِ وعدَمِها – حُكْمُ بَيْعِ

الشرح الكبير

أنْ يُحلِّفَهُ أنَّ وَقْتَ ما باعَهَا لم يَعْلَمْ أنَّ شِراءَها أكْثَرُ . ذَكَرَه الخِرَقِيُّ . فإنَّه لو باعَها بدُونِ ثَمَنِها عالِمًا ، لَزِمَه البَيْعُ بما عَقَدَ عليه ؛ لكَوْنِه تعاطَى سَبَبَه عالِمًا ، فلَزِمَه ، كمُشْتَرِى المَعِيبِ عالِمًا بعَيْبِه . وإذا كان البَيْعُ[1] يَلْزَمُه بالعِلْمِ ، فادَّعَى عليه ، لَزِمَتْه اليَمِينُ ، فإنْ نَكَلَ قضى عليه بالنُّكُولِ ، وإنْ حَلَفَ ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بينَ قَبُولِه بالثَّمَنِ والزِّيَادَةِ التى غَلِطَ بها وحَطِّهَا من الرِّبْحِ ، وبين فَسْخِ العَقْدِ . قال شَيْخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أنّه إذا قال : بِعْتُكَ بمائَةٍ ورِبْحِ عَشَرَةٍ . ثم تَبَيَّنَ أنَّه غَلِطَ بعَشَرَةٍ ، أنَّه لا يَلْزَمُه حَطُّ العَشَرَةِ مِن الرِّبْحِ ؛ لأنَّ البائِعَ رَضِىَ برِبْحِ عَشَرَةٍ فى هذا المَبِيعِ ، فلا يكونُ له أكْثَرُ منها . وكذلك إنْ تَبَيَّنَ أنَّهُ زادَ فى رَأْسِ المالِ ، لا يَنْقُصُ الرِّبْحَ مِن عَشَرَةٍ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَبِعْه إلَّا برِبْحِ عَشَرَةٍ . فأمَّا إنْ قال : وأَرْبَحُ فى كُلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمًا . فإنّه يَلْزَمُه حَطُّ العَشَرَةِ من الرِّبْحِ فى الصُّورَتَيْنِ ، وإنَّما أثْبَتْنَا للمُشْتَرِى الخِيارَ ؛ لأنَّه دَخَلَ على أنَّ الثَّمَنَ مائَةٌ وعَشَرَةٌ ، فإذا بانَ أكْثَرَ كان [٣/٢٨٢ظ] عليه ضَرَرٌ فى التِزامِه ، فلم يَلْزَمْه ، كالمَعِيبِ . وإنِ اخْتَارَ أخْذَها بمائَةٍ وأَحَدٍ وعِشْرِينَ ، لم يكُنْ للبائِعِ خِيارٌ ؛ لأنَّه قد زادَهُ خَيْرًا ، فلم يَكُنْ له خِيارٌ ، كبائِعِ المَعِيبِ إذا رَضِيَهُ المُشْتَرِى . وإنِ اخْتَارَ البائِعُ إسْقاطَ الزِّيادَةِ عن المُشْتَرِى ، فلا خِيارَ له أيْضًا ؛ لأنَّه قد بَذَلَها بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، ورَضِيَا به .

الإنصاف

المُرابَحَةِ ، على ما تقدَّم .

---

(١) فى ر ١ : « المبيع » .

(٢) فى : المغنى ٢٧٦/٦ .

المقنع

وَمَتَى اشْتَرَاهُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، أَوْ مِمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ حِيلَةً ، أَوْ بَاعَ بَعْضَ الصَّفْقَةِ بِقِسْطِهَا مِنَ الثَّمَنِ ، وَلَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِى فِى تَخْبِيرِهِ بِالثَّمَنِ ، فَلِلْمُشْتَرِى الْخِيَارُ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ وَالرَّدِّ .

الشرح الكبير

١٦٥٢ – مسألة : (ومَتى اشْتَراهُ بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، أو مِمَّنْ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له ، أو بأكْثَرَ مِن ثَمَنِه حِيلَةً ، أو باعَ بَعْضَ الصَّفْقَةِ بقِسْطِها مِن الثَّمَنِ ، فلم يُبَيِّنْ ذلك للمُشْتَرِى فى تَخْبِيرِه[1] بالثَّمَنِ ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بين الإمْساكِ والرَّدِّ) إذا اشْتَراهُ بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحَةً ، حتى يُبَيِّنَ أمْرَه . فإنْ لم يَفْعَلْ ، لم يَفْسُدِ البَيْعُ ، وللمُشْتَرِى الخِيارُ بين أخْذِه بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ حالًّا وبين الفَسْخِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وهو مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ البائِعَ لم يَرْضَ بذِمَّةِ المُشْتَرِى ، وقد تكونُ ذِمَّتُه دونَ ذِمَّةِ البائِعِ ، فلا يَلْزَمُ الرِّضَا بذلك .

الإنصاف

قوله : ومتى اشْتَراه بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ و لم يُبَيِّنْ ذلك للمُشْتَرِى فى تَخْبِيرِه بالثَّمَنِ ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الإمْساكِ والرَّدِّ . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وصحَّحَه فى « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . وعنه ، يأْخُذُه مُؤَجَّلًا ، ولا خِيارَ له . نصَّ عليه ، وهذا المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : اخْتارَه الأكثرُ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . فعلى الأوَّلِ ، إذا اخْتارَ الإمْساكَ ، فإنَّه يأْخُذُه مُؤَجَّلًا . على الصَّحيحِ . قدَّمه فى

---

(١) فى م : « تخييره » .

الشرح الكبير

وحَكَى ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، أنه إنْ كان المَبِيعُ قائِمًا ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ الفَسْخِ وأَخْذِه بالثَّمَنِ مُؤَجَّلًا ؛ لأنَّه الثَّمَنُ الذى اشْتَرَى به البائِعُ ، والتَّأْجِيلُ صِفَةٌ له ، فهو كما لو أَخْبَرَه بزِيادَةٍ فى الثَّمَنِ ، وإنْ كان قد اسْتُهْلِكَ ، حُبِسَ الثَّمَنُ بقَدْرِ الأَجَلِ . وهذا قَوْلُ شُرَيْحٍ .

فصل : وإنِ اشْتَراهُ بدَنانِيرَ ، فأَخْبَرَ أنَّه اشْتَرَاهُ بدَراهِمَ ، أو بالعَكْسِ ، أو اشْتَرَاهُ بِعَرْضٍ [1] ، فأَخْبَرَ أنه اشْتَرَاهُ بثَمَنٍ ، أو بالعَكْسِ ، وأَشْبَاهُ ذلك ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الفَسْخِ وبينَ الرِّضَا بِهِ بالثَّمَنِ الذى تَبَايَعَا به ، كَسائِرِ المواضِعِ التى يَثْبُتُ فيها ذلك .

الإنصاف

« الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ هنا . وعنه ، يأْخُذُه حالًّا ، أو يفْسَخُ . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ أيضًا .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو عَلِمَ تأْجِيلَ الثَّمَنِ بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ ، حبَسَ الثَّمَنَ بقَدْرِ الأَجَلِ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ البَيْعُ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . الثَّانيةُ ، لو ادَّعَى البائعُ غلَطًا [2] ، وأنَّ الثَّمَنَ أكثرُ ممَّا أخبره به ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ مُطْلَقًا . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وحمَلَ المُصَنِّفُ كلامَ الخِرَقِىِّ عليه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . وعنه ، يُقْبَلُ قَوْلُه مُطْلَقًا مع يَمِينِه . اخْتارَه القاضى وأصحابُه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَـرَّرِ » . و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

---

(١) فى م : « بعوض » .

(٢) فى الأصل : « خلطا » .

الشرح الكبير

فصل : وإنِ اشْتَرَاهُ ممَّنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه له ، كأَبِيهِ وابْنِه ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ ذلك . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ . وقال الشّافِعِيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمّدٌ : يَجُوزُ ، وإنْ لم يُبَيِّنْ ؛ لأنَّه اشْتَرَاهُ بعَقْدٍ صَحِيحٍ ، وأَخْبَرَ بثَمَنِه ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَاهُ مِن أَجْنَبِيٍّ . ولَنا ، أنَّه مُتَّهَمٌ فى الشِّراءِ منهم ؛ لكَوْنِه يُحابِيهم ويَسْمَحُ لهم ، فلم يَجُزْ أنْ يُخْبِرَ بما اشْتَرَى منهم مُطْلَقًا ، كما لو اشْتَرَى مِن مُكاتَبِه ، فإنَّه يَجِبُ عليه أنْ يُبَيِّنَ أمْرَهُ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ، وبه يَبْطُلُ قِياسُهم .

فصل : وإن اَشْتَرَاهُ بأَكْثَرَ مِن ثَمَنِه حِيلَةً ، مثلَ أنْ يَشْتَرِيَه مِن غُلامِ

الإنصاف

واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وهو القِياسُ ، وللمُشْتَرِى الخِيارُ . وعنه ، يُقْبَلُ قَوْلُه ، إنْ كان مَعْروفًا بالصِّدْقِ ، وإلَّا فلا . وعنه ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه ، وإنْ أقامَ بَيِّنَةً حتى يُصَدِّقَه المُشْتَرِى . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وأطْلَقَ الأُولَى والأَخِيرتَيْن فى « الكافِى » . فإنْ لم يَكُنْ للبائعِ بَيِّنَةٌ ، أو كانتْ له ، وقُلْنا : لا تُقْبَلُ ، فادَّعَى أنَّ المُشْتَرِىَ يعْلَمُ أنَّه غلَطٌ ، وأنْكَرَ المُشْتَرِى ذلك ، فالقَوْلُ قوْلُه بلا يَمِينٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : الصَّحيحُ ، أنَّ عليه اليمِينَ أنَّه[1] لا يعْلَمُ ذلك . وجزَم به فى « الكافِى » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِىُّ . الثَّالثةُ ، لو باعَها بدُونِ ثَمَنِها عالِمًا ، لَزِمَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وخرَّجَها الأَزَجِىُّ على التى قبلَها.

قوله: أو بأَكْثَرَ مِن ثَمَنِه حِيلَةً. مِثْلَ أنْ يَشْتَرِىَ مِن غُلامِ دُكَّانِه الحُرِّ، أو غيرِه،

---

(١) فى الأصل ، ا : « لأنه » .

الشرح الكبير

دُكّانِه الحُرِّ ، أو غيرِه ، على وَجْهِ الحِيلَةِ ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ أمْرَه ؛ لأَنَّ ذلك تَدْلِيسٌ وحَرَامٌ ، على ما بَيَّنَّاهُ . وإنْ لم يكُنْ حِيلَةً ، فقال القاضِى : إذا باعَ غُلامَ دُكّانِه سِلْعَةً ، ثم اشْتَرَاها منه بأَكْثَرَ من ذلك ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ أمْرَه ؛ لأَنّه يُتَّهَمُ فى حَقِّه ، فهو كمَنْ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له . والصَّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ ، أنَّ ذلك يَجُوزُ ؛ لأَنَّه أجْنَبِىٌّ ، فأَشْبَهَ غَيْرَه .

فصل : إذا اشْتَرَى شَيْئَيْنِ صَفْقَةً واحِدَةً ، ثم أرادَ [٣/٢٨٣و] بَيْعَ أحَدِهما مُرَابَحَةً ، أو اشْتَرَى اثْنانِ شَيْئًا ، فتَقَاسَماه ، وأرادَ أحَدُهما بَيْعَ نَصِيبِه مُرَابَحَةً بالثَّمَنِ الذى أدَّاهُ فيه ، فإنْ كان من المُتَقَوَّماتِ التى لا يَنْقَسِمُ عليها الثَّمَنُ بالأَجْزَاءِ ، كالثِّيَابِ ونَحْوِها ، لم يَجُزْ حتى يُبَيِّنَ الحالَ على وَجْهِه . نَصَّ عليه . وهذا مَذْهَبُ الثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ ، وأَصْحَابِ الرَّأْىِ . وقال الشَّافِعِىُّ : يَجُوزُ بَيْعُه بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ على المَبِيعِ على قَدْرِ قِيمَتِه ، كما لو كانَ المَبِيعُ شِقْصًا وسَيْفًا[1] ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بحِصَّتِه من الثَّمَنِ . وذَكَرَ ابنُ أبى مُوسَى فيما إذا اشْتَرَاهُ اثْنانِ فَتقاسَماه ، رِوَايَةً عن أحمدَ ، أنَّه يَجُوزُ بَيْعُه مُرَابَحَةً بما اشْتَرَاهُ ؛

الإنصاف

على وَجْهِ الحِيلَةِ ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً حتى يَتَبَيَّنَ . وإنْ لم يَكُنْ حِيلَةٌ ، فقال القاضى : إذا باعَ غُلامَ دُكَّانَه سِلْعَةً ، ثم اشْتَرَى منه بأَكْثَرَ مِن ذلك ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً ، حتى يُبَيِّنَ أمْرَه ؛ لأَنَّه يُتَّهَمُ فى حقِّه . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والصَّحِيحُ جَوازُ ذلك . وجزَم به فى « الكافِى » . وظاهِرُ « الفائقِ » ، إطْلاقُ

---

(١) فى م : « شفعا » .

الشرح الكبير

لأَنَّ ذلك ثَمَنُه ، فهو صادِقٌ فيما أَخْبَرَ به . ولَنا ، أنَّ قِسْمَةَ الثَّمَنِ على المَبيعِ طَرِيقُهُ الظَّنُّ ، واحْتِمالُ الخَطَأ فيه كَثِيرٌ ، وبَيْعُ المُرَابَحَةِ أمَانَةٌ ، فلم يَجُزْ فيه هذا ، وصارَ هذا كالخَرْصِ الحاصِلِ بالظَّنِّ ، لا يَجُوزُ أنْ يُباعَ به ما يَجِبُ التماثُلُ فيه . وأمّا الشَّفِيعُ ، فلنا فيه مَنْعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فإنَّ ما أخَذَهُ الشَّفِيعُ بالقِيمَةِ للحاجَةِ الدَّاعِيَةِ إليه ؛ لكَوْنِه لا طَرِيقَ له سِوَى التَّقْوِيمِ ، ولأنَّه لو لم يَأْخُذْه به ، لاتَّخذَه النّاسُ طَرِيقًا إلى إسْقاطِ الشُّفْعَةِ ، فيُؤَدِّى إلى تَفْوِيتِها ، وهٰهُنا يُمْكِنُ الإخْبَارُ بالحالِ وبَيْعُه مُسَاوَمَةً ، ولا تَدْعُو الحاجَةُ إليه . فإنْ باعَهُ و لم يُبَيِّنْ ، فللمُشْتَرِى الخِيَارُ بينَ الإمْسَاكِ والرَّدِّ ، كالمَسائِلِ المَذْكُورَةِ . وإنْ كان من المُتَماثِلاتِ التى يَنْقَسِمُ عليها الثَّمَنُ بالأَجْزاءِ ، كالبُرِّ والشَّعِيرِ المُتَسَاوِى ، جازَ بَيْعُ بَعْضِه مُرَابَحَةً بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّ ثَمَنَ ذلك الجُزْءِ مَعْلُومٌ يَقِينًا ، ولذلك جازَ بيعُ قَفِيزٍ مِن الصُّبْرَةِ . وإنْ أَسْلَمَ فى ثَوْبَيْن بِصِفَةٍ واحِدَةٍ ، فأَخَذَهُما

الإنصاف

الخِلافِ .

قوله : أو باعَ بعضَ الصَّفْقَةِ بقِسْطِها مِنَ الثَّمَنِ ، ولم يُبَيِّنْ ذلك للمُشْتَرِى فى تَخْبِيرِه بالثَّمَنِ ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ . هذا المذهبُ – وسواءٌ كانتِ السِّلْعَةُ كلُّها له أو البعضُ المَبْيُوعُ ، إذا كان الجميعُ صَفْقَةً واحدةً – وعليه الأصحابُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يجوزُ بَيْعُ نَصِيبِه مُرابَحةً مُطْلَقًا مِنَ الذى اشْتَرياه واقْتسماه . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى . وعنه ، عَكْسُه .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا كان المَبيعُ مِنَ المُتَقَوَّماتِ التى لا يَنْقَسِمُ عليها الثَّمَنُ

المقنع

وَمَا يُزَادُ فِى الثَّمَنِ أَوْ يُحَطُّ مِنْهُ فِى مُدَّةِ الْخِيَارِ ، أَوْ يُؤْخَذُ أَرْشًا لِعَيْبٍ أَوْ جِنَايَةٍ عَلَيْهِ ، يُلْحَقُ بِرَأْسِ الْمَالِ ، وَيُخْبَرُ بِهِ .

الشرح الكبير

على الصِّفَةِ ، فله بَيْعُ أحدِهما مُرَابَحَةً بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ، على قِياسِ ذلك ؛ لأنَّ الثَّمَنَ يَنْقَسِمُ عليهما نِصْفَيْنِ ، لا باعْتِبارِ القِيمَةِ . وكذلك لو أقالَه فى أحَدِهما ، أو تَعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، كان له نِصْفُ الثَّمَنِ ، مِن غيرِ اعْتِبارِ قِيمَةِ المَأْخُوذِ منهما ، فكَأنَّه أخَذَ كُلَّ واحِدٍ منهما مُنْفَرِدًا . وإنْ حَصَلَ فى أحَدِهما زيادَةٌ على الصِّفَةِ جَرَت مَجْرَى الحادثِ بعد البَيْعِ ، على ما نَذْكُرُ إنْ شاءَ اللَّهُ .

١٦٥٣ – مسألة : (وما يُزَادُ فى الثَّمَنِ أو يُحَطُّ منه فى مُدَّةِ الخِيارِ ، أو يُؤْخَذُ أَرْشًا للعَيْبِ أو جِنايَةً عليه ، يُلْحَقُ برَأْسِ المالِ ، ويُخْبَرُ به) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ البائعَ إذا أرادَ الإِخْبَارَ بثَمَنِ السِّلْعَةِ ، وكانت بحَالِها لم تَتَغَيَّرْ ، أَخْبَرَ بثَمَنِها ، فإنْ تَغَيَّرَ سِعْرُ السِّلْعَةِ ، بأَنْ حَطَّ البائعُ بَعْضَ الثَّمَنِ عن المُشْتَرِى ، أو اسْتَزَادَه[1] فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، لَحِقَ بالعَقْدِ ، وأَخْبَرَ به فى

الإنصاف

بالأَجْزاءِ ، كالثِّيابِ ونحوِها . فأمَّا إنْ كانتْ مِنَ المُتَماثِلاتِ التى يَنْقَسِمُ عليها الثَّمَنُ بالأَجْزاءِ ؛ كالبُرِّ والشَّعِيرِ ونحوِهما المُتَساوِى ، فإنَّه يجوزُ بَيْعُ بعضِه مُرابَحَةً ، بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا .

قوله : وما يُزَادُ فى الثَّمَنِ أو يُحَطُّ منه فى مُدَّةِ الخِيارِ . يُلْحَقُ برَأْسِ المالِ ، ويُخْبَرُ به . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : إنْ قُلْنا : المِلْكُ فى زَمَنِ الخِيارِ[2]

---

(١) فى الأصل ، ق ، م : « اشتراه » .

(٢) فى الأصل ، ط : « الخيارين » .

الشرح الكبير

الثَّمَنِ . وبه قال الشافعيُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، ولا نَعْلَمُ عن غَيْرِهم خِلافَهُم . وإنْ تَغَيَّرَ سِعْرُ السِّلْعَةِ ، وهي بحالِها ، فإنْ غَلَتْ ، لم يَلْزَمْهُ الإِخْبارُ بذلك ؛ لأنَّه زِيادَةٌ فيها ، وإنْ رَخُصَتْ فكذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه صادِقٌ بدُونِ الإِخْبارِ بذلك . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه الإِخْبارُ بالحالِ ؛ فإنَّ المُشْتَرِىَ لو عَلِمَ بذلك ، لم [٢٨٣/٣ظ] يَرْضَها بذلك الثَّمَنِ ، فكِتْمانُه تَغْرِيرٌ به . فإنْ أخْبَرَه بدُونِ ثَمَنِها ، ولم يُبَيِّنِ الحالَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه كَذِبَ . فأمّا ما يُؤْخَذُ أَرْشًا للعَيْبِ ، أو جِنايَةً عليه ، فذَكَرَ القاضِى أنَّه يُخْبِرُ به على وَجْهِه . وقال أبو الخَطَّابِ : يُحَطُّ أرْشُ العَيْبِ من الثَّمَنِ ، ويُخْبِرُ بالباقِى . وهو الذى

الإنصاف

يَنْتَقِلُ إلى المُشْتَرِى . فلا يُلْحَقُ برَأْسِ المالِ ، كما بعدَ اللُّزومِ ، على ما يأْتِى . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » ، ولم يُقَيِّدْه فى « الفُروعِ » بانْتِقالٍ ولا بعدَمِه . (١)وكذا الحُكْمُ لو زادَ فى الثَّمَنِ فى مُدَّةِ الخِيارِ(١) .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال بعضُ الأصحابِ فى طَرِيقَتِه : مِثْلُ ذلك لو زادَ أجَلًا أو خِيارًا فى مُدَّةِ الخِيارِ . (١)وقطَع به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه(١) . الثَّانيةُ ، قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فلو حَطَّ كُلَّ الثَّمَنِ ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ ، أو يصِحُّ ، أو يكونُ هِبَةً ؟ يَحْتَمِلُ أوْجُهًا . قلتُ : الأَوْلَى أنْ يكونَ ذلك هِبَةً .

قوله : أو يُؤْخَذُ أَرْشًا لعَيْبٍ ، يُلْحَقُ برَأْسِ المالِ . أىْ يُحَطُّ منه ، ويُخْبَرُ بالباقِى . هذا أحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ،

(١ - ١) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

ذَكَرَه شَيْخُنا فى هذا الكِتابِ ؛ لأنَّ أرْشَ العَيْبِ عِوَضٌ عمّا فاتَ به ، فكان ثَمنُ المَوْجُودِ ما بَقِىَ . وفى أرْشِ الجِنايَةِ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُحَطُّ مِن الثَّمَنِ ، كأَرْشِ العَيْبِ . وهو الأَوْلَى . والثانى ، لا يحطُّه ، كالنَّماءِ . وقال الشافِعِىُّ : يحطُّهما من الثَّمَنِ ، ويقولُ : تَقَوَّمَ عَلَىَّ بكَذَا . لأَنَّه صادِقٌ فيما أخْبَرَ به ، أشْبَهَ ما لو أخْبَرَه بالحالِ على وَجْهِه . ولَنا ، أنَّ الإِخْبَارَ

الإنصاف

و « الهادِى » ، والمُصَنِّفُ هنا . وقال [٢/ ٨٥ظ] القاضى : يُخْبِرُ بذلك على وَجْهِه . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » . وقال : هو أوْلَى . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وهذا المذهبُ على مااصْطَلَحْناه ؛ لاتِّفاقِ الشَّيْخَيْن . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : أو يُؤْخَذُ أَرْشًا لجِنايَةٍ عليه ، يُلْحَقُ برَأْسِ المالِ . يعْنِى ، يُحَطُّ مِن رَأْسِ المالِ ، ويُخْبَرُ بالباقِى . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . قالَه فى « الشَّرْحِ » . وصحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الهادِى » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يَجِبُ عليه أنْ يُخْبِرَ به على وَجْهِه . اخْتارَه القاضى . قالَه الشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، وقال : هو أوْلَى . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، وانْتَصَرَ له . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » . قلتُ : وهذا المذهبُ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا يَحُطُّها هنا مِنَ الثَّمَنِ ، قوْلًا واحدًا .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو أخَذ نَماءً مما اشْتَرَى ، أوِ اسْتَخْدَمَه ، أو وَطِئَه ، لم يجِبْ

المقنع

وَإِنْ جَنَى ، فَفَدَاهُ الْمُشْتَرِى ، أَوْ زِيدَ فِى الثَّمَنِ ، أَوْ حُطَّ مِنْهُ بَعْدَ لُزُومِهِ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهِ .

الشرح الكبير

بالحالِ أَبْلَغُ فى الصِّدْقِ ، وأَقْرَبُ إلى البَيَانِ [١](ونَفْىِ التَّغْرِيرِ[١]) والتَّدْلِيسِ ، فلَزِمَه ذلك ، كما يَلْزَمُه بيانُ العَيْبِ . وقِياسُ أَرْشِ الجِنايَةِ على النَّماءِ والكَسْبِ لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ أَرْشَ الجِنايَةِ عِوَضُ نَقْصِه الحاصِلِ بالجِنايَةِ عليه ، فهو بمَنْزِلَةِ ثَمَنِ جُزْءٍ منه باعَه ، أو كقِيمَةِ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ إذا تَلِفَ أَحَدُهما ، والنَّماءُ زِيادَةٌ لم يَنْقُصْ بها المَبِيعُ ، ولا هى عِوَضٌ عن شىءٍ منه .

١٦٥٤ – مسألة : (وإنْ جَنَى ، فَفَداهُ المُشْتَرِى ، أو زِيدَ فى

الإنصاف

بَيانُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفيه رِوايَةٌ كنَقْصِه . الثَّانيةُ ، لو رَخُصَتِ السِّلْعَةُ عن قَدْرِ ما اشْتَراها به ، لم يَلْزَمْه الإِخْبارُ بذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الكافِى » : وعليه الأصحابُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه الإِخْبارُ بالحالِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قلتُ : وهو قَوِىٌّ ؛ فإنَّ المُشْتَرِىَ لو عَلِمَ بذلك ، لم يَرْضَها بذلك الثَّمَنِ ففيه نَوْعُ تَغْرِيرٍ . ثم وَجَدْتُ فى « الكافِى » قال : والأَوْلَى ، أنَّه يَلْزَمُه . الثَّالثةُ ، لو اشْتَراها بثَمَنٍ لرَغْبَةٍ تخُصُّه ، كحاجَتِه إلى إرْضاعٍ ، لَزِمَه أنْ يُخْبِرَ بالحالِ ، ويَصِيرُ كالشِّراءِ بثَمَنٍ غالٍ لأَجْلِ المَوْسِمِ الذى كان حالَ الشِّراءِ . ذكَرَه فى « الفُنُونِ » ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ فيهما .

قوله : أو زِيدَ فى الثَّمَنِ ، أو حُطَّ منه بعدَ لُزُومِه ، لم يُلْحَقْ به . وهو المذهبُ ،

(١ – ١) فى الأصل ، م : « بقى التغيير » . وفى ق : « نفى التغيير » .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى ثَوْبًا بِعَشَرَةٍ ، وَقَصَرَهُ بِعَشَرَةٍ ، أَخْبَرَ بِهِ عَلَى وَجْهِهِ . فَإِنْ قَالَ : تَحَصَّلَ عَلَيَّ بِعِشْرِينَ . فَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ ؟ عَلَى

الشرح الكبير

الثَّمَنِ ، أو حُطَّ منه بعد لُزُومِه ، لم يُلْحَقْ به) أمّا إذا جَنَى ، فَفَدَاهُ المُشْتَرِى ، فإنّه لا يُلْحَقُ بالثَّمَنِ ، ولا يُخْبَرُ به فى المُرَابَحَةِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْنَاهُ ؛ لأنَّ هذا لم يَزِدْ به المَبِيعُ قِيمَةً ، ولا ذاتًا ، وإنّما هو مُزِيلٌ لنَقْصِه بالجنايَةِ والعَيْبِ الحاصِلِ بتَعَلُّقِها برقَبَتِه ، فأَشْبَهتِ الدَّواءَ المُزِيلَ لمَرَضِه الحادِثِ عندَ المُشْتَرِى . فأمّا الأَدْوِيَةُ ، والمُؤْنَةُ ، والكُسْوَةُ ، وعَمَلُه فى السِّلْعَةِ بنفْسِه ، أو عَمَلُ غَيْرِه له بغَيْرِ أُجْرَةٍ ، فإنَّه لا يُخْبِرُ بذلك فى الثَّمَنِ ، وَجْهًا واحِدًا ، وإنْ أخبَرَ بالحالِ على وَجْهِه ، فحَسَنٌ . وكذلك ما زِيدَ فى الثَّمَنِ ، أو حُطَّ منه بعد لُزُومِ العَقْدِ لا يُخْبِرُ به ، ويُخْبِرُ بالثَّمَنِ الأَوَّلِ ؛ لأَنَّ ذلك هِبَةٌ مِن أحدِهما للآخرِ ، فلا يكونُ عِوَضًا . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يُلْحَقُ بالعَقْدِ ، ويُخْبَرُ به فى المُرَابَحَةِ ؛ لأنَّه بِسَبَبِ العَقْدِ .

١٦٥٥ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى ثَوْبًا بعَشَرَةٍ ، وقَصَرَهُ بعَشَرَةٍ ، أخْبَرَ بذلك على وَجْهِه . فإنْ قال : تَحَصَّلَ عَلَيَّ بعِشْرِينَ . فهل يَجُوزُ

الإنصاف

وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُلْحَقُ به . واخْتارَه فى « الفائقِ » . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على ذلك فى آخِرِ خِيارِ المَجْلِسِ .

فائدة : هِبَةُ مُشْتَرٍ لوَكيلٍ باعَه ، كزِيادَةٍ ، ومِثْلُه عَكْسُه .

قوله : وإنِ اشْتَرَى ثَوْبًا بعَشَرَةٍ ، وقَصَرَه بعَشَرَةٍ ، أَخْبَرَ به على وَجْهِه . فإنْ قال : تَحصَّلَ عليَّ بعِشْرين . فهل يجوزُ ذلك ؟ على وَجْهَيْن . وأَطْلَقهما فى « الحاوِيَيْن » ؛

المقنع وَجْهَيْنِ . وَإِنْ عَمِلَ فِيهِ بِنَفْسِهِ عَمَلًا يُسَاوِى عَشَرَةً ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

الشرح الكبير ذلك ؟ على وَجْهَيْنِ . وإنْ عَمِلَ فيه بنفْسِه عَملًا يُساوِى عَشَرَةً ، لم يَجُزْ ذلك ، وَجْهًا واحِدًا) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَنْ أرادَ البيْعَ مُرابَحَةً ، والسِّلْعَةُ بحالِها ، أخْبرَ بثَمَنِها . وإنْ تغَيَّرتْ ، فهو على ضَرْبَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنْ تتَغَيَّرَ بزِيادَةٍ ، وذلك نَوْعانِ ؛ أحَدُهما ، أنْ تَزِيدَ لنَمائِها ، كالسِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، أو يَحْدُثَ منها نماءٌ مُنْفَصِلٌ ، كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ ، والكَسْبِ ، فهذا إذا أرادَ بَيْعَها مُرابَحَةً ، أخْبرَ بالثَّمَنِ مِن غيرِ زِيادَةٍ ؛ لأنَّه الذى ابْتاعَها به . وإنْ أخَذَ النَّماءَ المُنْفَصِلَ ، أو اسْتَخْدَمَ الأَمَةَ ، أو وَطِئَ الثَّيِّبَ ، أخْبرَ برأْسِ [٢٨٤/٣و] المالِ ، ولم يَجِبْ تَبْيِينُ الحالِ . ورَوَى ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمدَ ، أنَّه يُبَيِّنُ ذلك كُلَّه . وهو قَوْلُ إسحاقَ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ فى الغَلَّةِ يأْخُذُها : لا بَأْسَ أنْ يَبِيعَ مُرابَحَةً . وفى الوَلَدِ والثَّمَرَةِ : لا يَبِيعُ مُرابَحَةً حتى يُبَيِّنَ ؛ لأنَّه مِن[1] مُوجِبِ العَقْدِ . ولَنا ، أنَّه صادِقٌ فيما أخْبرَ به مِن

الإنصاف أحدُهما ، لا يجوزُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . واخْتارَه القاضى . ونَصرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » : لا يجوزُ فى الأصحِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » .

فائدة : مِثْلُ ذلك – حُكْمًا وخِلافًا ومذهبًا – أُجْرَةُ كَيْلِه ، ووَزْنِه ، ومَتاعِه ،

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإنِ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ ، ثُمَّ بَاعَهُ بِخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ ،

الشرح الكبير

غيرِ تَغْرِيرٍ بالمُشْتَرِى ، فجازَ ، كما لو لم يَزِدْ ، ولأَنَّ الوَلَدَ والثمرَةَ نماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فلم يَمْنَعْ من بَيْعِ المُرابَحَةِ ، كالغَلَّةِ . النوعُ الثانى ، أنْ يَعْمَلَ فيها عَمَلًا ؛ مثلَ أنْ يَقْصُرَها ، أو يَرْفُوَها ، أو يَخِيطَها ، أو يحملَها ، فمتى أرادَ بَيْعَها مُرابَحَةً ، أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه ، سواءٌ عَمِلَ ذلك بنَفْسِه أو اسْتَأْجَرَ مَن عَمِلَه . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال : يُبَيِّنُ ما اشْتَراهُ وما لَزِمَه ، ولا يَجُوزُ أنْ يَقولَ : تَحَصَّلَتْ عَلَىَّ بكَذَا . وبه قال الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وابنُ المُسَيَّبِ ، وطاوُسٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يَجُوزُ فيمَا اسْتَأْجَرَ عليه أنْ يَضُمَّ الأُجْرَةَ إلى الثَّمَنِ ، ويقولَ : تَحَصَّلَتْ عَلَىَّ بكَذَا . لأنَّه صادِقٌ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والحَكَمُ ، والشّافِعِىُّ . ولَنا ، أنَّه تَغْرِيرٌ بالمُشْتَرِى ، فإنَّه عَسَى أنَّه لو عَلِمَ أنَّ بَعْضَ ما تَحَصَّلَتْ به لأَجْلِ الصِّناعَةِ ، لم يَرْغَبْ فيها ؛ لعَدَمِ رَغْبَتِه فى ذلك ، فأشْبَهَ ما يُنْفِقُ على الحَيَوانِ فى مُؤْنَتِه وكُسْوَتِه ، وعلى المَتاعِ فى خَزْنِه . الضربُ الثانى ، أنْ يَتَغَيَّرَ بنَقْصٍ ؛ كالمَرَضِ ، والجِنايَةِ عليه ، أو تَلَفِ بَعْضِه ، أو الولادَةِ ، أو أنْ يَتَعَيَّبَ ، أو يَأْخُذَ المُشْتَرِى بَعْضَه ، كالصُّوفِ ، واللَّبَنِ ، ونَحْوِه ، فإنَّه يُخْبِرُ بالحالِ ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا .

١٦٥٦ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَاهُ بعَشَرَةٍ ، ثم باعَهُ بخَمْسَةَ عَشَرَ ،

الإنصاف

وحَمْلِه ، وخِياطَتِه . قال الأَزَجِىُّ : وعلَفُ الدَّابَّةِ . وذكَر المُصَنِّفُ : لا . قال أحمدُ : إذا بيَّن ، فلا بأْسَ .

قوله : وإنِ اشْتَراه بعَشَرَةٍ ، ثم باعَه بخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثم اشْتَراه بعَشَرَةٍ ، أَخْبَر بذلك

المقنع

أَخْبَرَ بِذَلِكَ عَلَى وَجْهِهِ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَيْتُهُ بِعَشَرَةٍ . جَازَ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَحُطُّ الرِّبْحَ مِنَ الثَّمَنِ الثَّانِى ، وَيُخْبِرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةٍ .

الشرح الكبير

ثم اشْتَرَاهُ بعَشَرَةٍ ، أَخْبَرَ بذلك على وَجْهِه . وإنْ قال : اشْتَرَيْتُه بعَشَرَةٍ . جازَ . وقال أَصْحَابُنا : يحُطُّ الرِّبْحَ مِن الثَّمَنِ الثانِى ، ويُخْبِرُ أنَّه اشْتَرَاهُ بخَمْسَةٍ) المُسْتَحَبُّ فى هذه المسألةِ وأمْثالِها أنْ يُخْبِرَ بالحالِ على وَجْهِه ؛ لأنَّ فيه خُرُوجًا مِن الخِلافِ ، وهو أَبْعَدُ مِن التَّغْرِيرِ بالمُشْتَرِى . فإن أخْبَرَ أنَّه اشْتَرَاهُ بعَشَرَةٍ ، ولم يُبَيِّنْ ، جازَ . وهذا قَوْلُ الشافِعِىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، ومُحَمَّدٍ ؛ لأنَّه صادِقٌ فيما أخْبَرَ به ، وليس فيه تُهْمَةٌ ، فأَشْبَهَ ما لو لم يَرْبَحْ فيه[1] . ورُوِىَ عن ابنِ سِيرِينَ ، أنَّه يَطْرَحُ الرِّبْحَ مِن الثمَنِ الثانِى ، ويُخْبِرُ أنَّ رَأْسَ مالِه عليه خَمْسَةٌ . وأَعْجَبَ أحمدَ قولُ ابنِ سِيرِينَ ، قال : فإنْ باعَهُ على ما اشْتَرَاهُ ، يُبَيِّنُ أَمْرَهُ . يَعْنِى يُخْبِرُ[2] أنَّه رَبِح فيه[3] مَرَّةً ، ثم اشْتَرَاهُ . وهذا مِن أحمدَ على الاسْتِحْبابِ ؛ لما ذَكَرْناه ، ولأنَّه الثَّمَنُ الذى حَصَلَ به المِلْكُ الثانِى ، أَشْبَهَ ما لو خَسِرَ فيه . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يَجُوزُ

الإنصاف

على وَجْهِه ، فإنْ قال : اشْتَرَيْتُه بعَشَرَةٍ ، جازَ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال أصحابُنا : يَحُطُّ الرِّبْحَ مِنَ الثَّمَنِ الثَّانِى ، ويُخْبِرُ أَنَّه اشْتَراه بخَمْسَةٍ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ ، كما قال المُصَنِّفُ . قلتُ : وهو ضعيفٌ . ولعَلَّ مُرادَ الإمامِ أحمدَ

---

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : الأصل ، ق ، م .
(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

بَيْعُه مُرَابَحَةً إلّا أنْ يُبَيِّنَ أَمْرَهُ ، أو يُخبِرَ أنَّ رَأْسَ مالِه عليه خَمْسَةٌ . وهو قَوْلُ القاضِى وأَصْحابِه ؛ لأنَّ المُرابَحَةَ تُضَمُّ فيها العُقُودُ ، فيُخْبِرُ بما تَقَوَّمَ عليه ، كما تُضَمُّ أُجْرَةُ الخَيَّاطِ والقَصَّارِ [1] . وقد اسْتَفَادَ [٣/٢٨٤ظ] بهذا العَقْدِ الثانى تَقْرِيرَ الرِّبْحِ فى العَقْدِ الأَوَّلِ ؛ لأنه أمِنَ أنْ يُرَدَّ عليه . فعلى هذا ، يَنْبَغِى إذا طَرَحَ الرِّبْحَ مِن الثَّمَنِ الثانِى ، أنْ يقولَ : تَقَوَّمَ عَلَىَّ بخَمْسَةٍ . ولا يقولُ : اشْتَرَيْتُه بخَمْسَةٍ . لأنَّه كَذِبٌ ، وهو حَرَامٌ ، فيَصِيرُ كما لو ضَمَّ أُجْرَةَ القِصَارَةِ ونَحْوِها إلى الثَّمَنِ وأَخْبَرَ به . ولَنا ، ما ذَكَرْنَاه . وما ذَكَرُوه مِن ضَمِّ القِصَارَةِ والخِيَاطَةِ ، فشيءٌ بَنَوْه على أُصُولِهم ، لا نُسَلِّمُه ، ثم لا يُشْبِهُ هذا ما ذَكَرُوه ؛ لأنَّ المُؤْنَةَ لَزِمَتْهُ فى هذا البَيْعِ الذى يَلِى المُرابَحَةَ ، وهذا الرِّبْحُ فى عقْدٍ آخَرَ قبلَ هذا الشِّرَاءِ ، فأَشْبَهَ الخَسارَةَ فيه . وأمّا تَقْرِيرُ [2] الرِّبْحِ ، فغَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ العَقْدَ الأَوَّلَ قد لَزِمَ ، ولم يَظْهَرِ العَيْبُ ، ولم يَتَعَلَّقْ به حُكْمُه ، وقد ذَكَرْنَا فى مثلِ هذه المَسْأَلَةِ أنَّ للمُشْتَرِى أنْ يَرُدَّه على البائِعِ إذا ظَهَرَ على عَيْبٍ قَدِيمٍ ، وإذا لم يَلْزَمْه طَرْحُ النَّماءِ والغَلَّةِ ، فهٰهُنا أَوْلَى . ويَجِىءُ على قَوْلِهم ، أنَّه لو اشْتَرَى بعَشَرَةٍ ، ثم باعَهُ بعِشْرِينَ ، ثم اشْتَرَاها بعَشَرَةٍ ، فإنَّه يُخْبِرُ أنَّها حَصَلَتْ عليه بغَيْرِ شيءٍ . وإنِ اشْتَرَاها بعَشَرَةٍ ، ثم باعَهَا بثَلاثَةَ عَشَرَ ، ثم اشْتَرَاها بخَمْسَةٍ ،

الإنصاف

اسْتِحْبابُ ذلك ، لا أنَّه على سَبِيلِ اللُّزومِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا بَقِىَ شىءٌ بعدَ حَطِّ الرِّبْحِ ، أمَّا إذا لم يَبْقَ شىءٌ ،

---

(١) فى الأصل ، م : « القصاب » .

(٢) فى م : « تقويم » .

الشرح الكبير

أَخْبَرَ أَنَّها تَقَوَّمَتْ عليه بدِرْهَمَيْنِ . وإنِ اشْتَرَاها بخَمْسَةَ عَشَرَ أَخْبَرَ أَنَّها تَقَوَّمَتْ عليه باثْنَىْ عَشَرَ . نَصَّ أحمدُ على نَظِيرِ هذا . فإنْ لم يَرْبَحْ ، ولكن اشْتَرَاها ثانِيَةً بخَمْسَةٍ ، أَخْبَرَ بها ؛ لأَنَّها ثمنٌ للعَقْدِ الذى يَلِى المُرَابَحَةَ . ولو خَسِرَ فيها ، مثلَ أنِ اشْتَرَاهَا بخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثم باعَهَا بعَشَرَةٍ ، ثم اشْتَرَاها بأىِّ ثمنٍ كان ، أَخْبَرَ به ، ولم يَجُزْ أنْ يَضُمَّ الخَسارَةَ إلى الثَّمنِ الثانِى ، ويُخْبِرُ به فى المُرَابَحَةِ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وهو يَدُلُّ على صِحَّةِ ما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإنِ ابْتاعَ اثْنَانِ ثَوْبًا بعِشْرِينَ ، ثم بُذِلَ لهما فيه اثْنَانِ وعِشْرُونَ ، فاشْتَرَى أَحَدُهما نَصِيبَ صاحِبِه فيه بذلك السِّعْرِ ، فإنَّه يُخْبِرُ فى المُرابَحَةِ بأَحَدٍ وعِشْرِينَ . نَصَّ عليه . وهذا قَوْلُ النَّخَعِىِّ . وقال الشَّعْبِىُّ : يَبِيعُه على اثْنَيْنِ وعِشْرِينَ ؛ لأَنَّ ذلك الدِّرْهَمَ الذى كان أُعْطِيَه قد كان أَحْرَزَه . ثم رَجَعَ إلى قَوْلِ النَّخَعِىِّ بعدَ ذلك ، ولا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَ ذلك ؛ لأَنَّه اشْتَرَى نِصْفَه الأَوَّلَ بعَشَرَةٍ ، والثانِى بأَحَدَ عَشَرَ ، فصارَ أَحَدًا وعِشْرِينَ .

فصل : قال أحْمَدُ : المُسَاوَمَةُ عِنْدِى أَسْهَلُ مِن بَيْعِ المُرابَحَةِ ؛ لأَنَّ بَيْعَ المُرابَحَةِ يَعْتَرِيه أمانَةٌ واسْتِرْسَالٌ مِن المُشْتَرِى ، ويَحْتاجُ فيه إلى تَعْيِينِ الحالِ على وَجْهِه ، ولا يُؤْمَنُ هَوَى النَّفْسِ فى نَوْعِ تَأْوِيلٍ وخَطَرٍ ، فيكونُ على خَطَرٍ وغَرَرٍ ، فتَجَنُّبُ ذلك أَسْلَمُ وأَوْلَى .

فصل : وإنِ اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ سِلْعَةٍ بعَشَرَةٍ ، واشْتَرَى آخَرُ نِصْفَها

الإنصاف

فإنَّه يُخْبِرُ بالحالِ ، قوْلًا واحدًا عندَهم .

الشرح الكبير

بعشْرِينَ ، ثم باعَاهَا[1] مُسَاوَمَةً بثَمَنٍ واحِدٍ ، فهو بَيْنَهُما نِصْفَيْن . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ عِوَضٌ عنها ، فكان بَيْنَهما على حَسَبِ ملْكِهما فيها ، كالإِتْلافِ . وإنْ باعا[2] مُرَابَحَةً ، أو مُواضَعَةً ، أو تَوْلِيَةً ، فكذلك . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قَوْلُ ابنِ سِيرِينَ ، والحَكَمِ . قال الأَثْرَمُ : قال أبو عَبْدِ اللهِ : [٣/٢٨٥و] إذا باعا[2] ، فالثَّمَنُ بَيْنَهُما نِصْفَيْن .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو اشْتَرَى شَخْصٌ نِصْفَ سِلْعَةٍ بعَشَرَةٍ ، واشْتَرَى آخَرُ نِصْفَها بعِشْرِين ، ثم بَاعَاها مُساوَمةً بثَمَنٍ واحدٍ ، فهو بينَهما نِصْفان . وهذا المذهبُ ، وقطَع به الأكثرُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . قال في « الحاوِى » : رِوايَةً واحدةً . قال ابنُ رَزِينٍ : إجْماعًا . وخرَّج أبو بَكْرٍ ، أنَّ الثَّمَنَ يكونُ على قَدْرِ رءُوسِ أمْوالِهما ، كشَرِكَةِ الاخْتِلاطِ . وإنْ بَاعَاها مُرابحَةً ، أو مُواضَعَةً ، أو تَوْلِيَةً ، فالحُكْمُ كذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا المذهبُ . وقدَّمه في « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وعنه ، الثَّمَنُ بينَهما على قَدْرِ رءُوسِ أمْوالِهما . نَقَلَها أبو بَكْرٍ ، وأنْكَرَها المُصَنِّفُ ، لكِنْ قال في « الفُروعِ » : نقَل ابنُ هانِئٍ ، وحَنْبَلٌ ، على رَأْسِ مَالِهما . وصحَّحه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » . [٢/٨٦و] وأطْلَقهما في « الكافِى » . وقال : وقيل : المذهبُ ، رِوايَةً واحدةً ، أنَّه بينَهما نِصْفان . والقَوْلُ الآخَرُ ، وَجْهٌ خرَّجَه أبو بَكْرٍ . انتهى . عنه ، لكُلِّ واحدٍ رَأْسُ مالِه ، والرِّبْحُ نِصْفان . الثَّانيةُ ، قال الإمامُ أحمدُ : المُساوَمَةُ عندِى أسْهَلُ مِن بَيْعِ المُرابَحةِ . قال في « الحاوِى الكَبِيرِ » : وذلك لضِيقِ المُرابَحةِ على البائعِ ؛

---

(١) في ق ، ر ١ : « باعها » .

(٢) في النسخ : « باعها » . وانظر المغني ٦/٢٧٨ .

المقنع

فَصْلٌ : السَّابِعُ ، خِيَارٌ يَثْبُتُ لِاخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ . فَمَتَى

الشرح الكبير

قُلْتُ : أَعْطَى أَحَدُهما أَكْثَرَ ممّا أَعْطَى الآخَرُ ؟ فقال : وإنْ ، أَلَيْسَ الثَّوْبُ بَيْنَهُما الساعَةَ سَواءً ؟ فالثَّمَنُ بينهما ؛ لأَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَمْلِكُ مثلَ الذى يَمْلِكُ صاحِبُه . وحَكَى أبو بكْرٍ عن أحمدَ (١ روايةً أُخرى١) ، أنَّ الثَّمَنَ بَيْنَهُما على قَدْرِ رءُوسِ أَمْوالِهما ؛ لأَنَّ بَيْعَ المُرابَحةِ يَقْتَضِى أن يكونَ الثَّمَنُ فى مُقابَلَةِ رأْسِ المالِ ، فيكونُ مَقْسومًا بينَهما على حَسَبِ رُءُوسِ أموالِهما . قال شَيْخُنا[٢] : ولم أَجِدْ عن أحمدَ رِوايَةً بما قال أبو بكْرٍ . وقيل : هذا وَجْهٌ خَرَّجَهُ أبو بكْرٍ ، وليس برِوَايَةٍ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ عِوَضُ المَبِيعِ ، ومِلْكُهُما مُتَساوٍ فيه ، فكان مِلْكُهما لعِوَضِه مُتَساوِيًا ، كما لو باعاه[٣] مُساوَمَةً .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (السابعُ ، خِيارٌ يَثْبُتُ لاخْتِلافِ

الإنصاف

لأَنَّه يحْتاجُ أَنْ يُعْلِمَ المُشْتَرِىَ بكُلِّ شىءٍ مِنَ النَّقْدِ والوَزْنِ وتأْخيرِ الثَّمَنِ ، ومِمَّن اشْتَراه ، ويَلْزَمُه المُؤْنَةُ والرَّقْمُ ، والقِصارَةُ ، والسَّمْسَرةُ ، والحَمْلُ ، ولا يَغُرُّ فيه ، ولا يحِلُّ له أنْ يزِيدَ على ذلك شيئًا إلَّا يُبَيِّنُه له ؛ ليَعْلَمَ المُشْتَرِى بكُلِّ ما يعْلَمُه البائعُ ، وليس كذلك المُساوَمَةُ . انتهى . قلتُ : أمَّا بَيْعُ المُرابحَةِ فى هذه الأزْمانِ ، فهو أوْلَى للمُشْتَرِى وأسْهَلُ .

قوله : ومتى اخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، تحالَفا . هذا المذهبُ ، ونَقَله الجَماعَةُ عن

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى : المغنى ٦/٢٧٨ .

(٣) فى ر ١ ، م : « باعه » .

المقنع

اخْتَلَفَا فِى [١٠٠ظ] قَدْرِ الثَّمَنِ ، تَحَالَفَا ؛ فَيُبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ ، فَيَحْلِفُ : مَابِعْتُهُ بِكَذَا ، وَإِنَّمَا بِعْتُهُ بِكَذَا . ثُمَّ يَحْلِفُ الْمُشْتَرِى : مَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا ، وَإِنَّمَا اشْتَرَيْتُهُ بِكَذَا .

الشرح الكبير

المُتَبايِعَيْنِ . فمَتَى اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، تَحالَفَا ؛ فَيُبْدَأُ بِيَمِينِ البائعِ ، فيَحْلِفُ : ما بِعْتُه بكَذا ، وإنَّما بِعْتُه بِكَذا. ثم يَحْلِفُ المُشْتَرِى : ما اشْتَرَيْتُه بكَذا ، وإنَّما اشْتَرَيْتُه بكذا) إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعَانِ فى الثَّمَنِ ، والسِّلْعَةُ قائِمَةٌ ، فقال البائِعُ : بِعْتُكَ بعِشْرِينَ . وقال المُشْتَرِى : بعَشَرَةٍ . ولأَحَدِهِما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها[1] . وإن لم يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ تحالَفَا . وبه قال شُرَيْحٌ ، وأبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ . وهى رِوايَةٌ عن مالِكٍ . وله رِوَايَةٌ أُخْرَى ، القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وزُفَرُ ؛ لأَنَّ البائِعَ يَدَّعِى عَشَرَةً يُنْكِرُها المُشْتَرِى ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . وقال الشَّعْبِىُّ : القَوْلُ قَوْلُ البائِعِ ، أو يَتَرادّانِ البَيْعَ . وحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن

الإنصاف

أحمدَ ، وعليه الأصحابُ ؛ لأنَّ كُلًّا منهما مُدَّعٍ ومُنْكِرٌ صُورَةً ، وكذا حُكْمُ ⁽²السَّماعِ لبَيِّنَةِ²⁾ كلِّ واحدٍ منهما . قال فى « عُيُونِ المَسَائِلِ » : ولا تُسْمَعُ إلَّا بَيِّنَةُ المُدَّعِى باتِّفاقِنا . انتهى . وعنه ، القَوْلُ قَوْلُ البائعِ مع يَمِينِه . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى ، وابنُ المُنْذِرِ . وذكَرَه فى « التَّرْغِيبِ » المَنْصُوصَ ، كاخْتِلافِهما بعدَ قَبْضِه ، وفَسْخِ العَقْدِ ، فى المَنْصُوصِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذه الرِّوايَةُ ، وإنْ كانتْ خَفِيَّةً مذهبًا ، فهى ظاهِرَةٌ دَلِيلًا . وذكَر دَلِيلَها ، ومالَ إليها . وعنه ، القَوْلُ قولُ

---

(١) فى م : « بينهما » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، ط : « لسماع بينة » .

الشرح الكبير

أحمدَ ؛ لِما رَوَى ابنُ مَسْعُودٍ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « إذا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ ، وليس بَيْنَهُما بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ ما قالَ البائِعُ ، أو يَتَرادَّانِ البَيْعَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وابنُ ماجَه ، وغيرُهما[1] . والمَشْهُورُ فى المَذْهَبِ الأَوَّلُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ مَعْنَى القَوْلَيْنِ واحِدًا ، وأنَّ القَوْلَ قَوْلُ البائِعِ مع يَمِينِه ، فإذَا حَلَفَ فَرَضِىَ المُشْتَرِى بذلك ، أخَذَ به ، وإنْ أَبَى حَلَفَ أيْضًا ، وفُسِخَ البَيْعُ ؛ لأَنَّ فى بَعْضِ أَلْفَاظِ حَدِيثِ ابنِ مَسْعُودٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ ، والسِّلْعَةُ قائِمَةٌ ، ولا بَيِّنَةَ لأَحَدِهما تَحالَفَا »[2] . ولأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه ، فإنَّ البائِعَ يَدَّعِى عَقْدًا بعِشْرِين يُنْكِرُه المُشْتَرِى ، والمُشْتَرِىَ يَدَّعِى عَقْدًا بعَشَرَةٍ يُنْكِرُه البائِعُ ، والعَقْدُ بعَشَرَةٍ غيرُ العَقْدِ بعِشْرِينَ ، فشُرِعَتِ اليَمِينُ فى حَقِّهِما ، وهذا الجَوابُ عمّا ذَكَرُوهُ .

فصل : والمُبْتَدِئُ باليَمِينِ البائِعُ ، فيَحْلِفُ : ما بِعْتُه بكَذَا ، وإنَّما

الإنصاف

المُشْتَرِى . ونقَل أبو داودَ ، قوْلُ البائعِ ، أو يترادَّان . قيل : فإنْ أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً ؟ قال : كذلك . قال الزَّرْكَشِىُّ : وعنه ، إنْ كان قبلَ القَبْضِ ، تَحالَفا ، وإنْ كان بعدَه ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى . حكَاها أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » .

---

(1) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب البيعان يختلفان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٧ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٥ . والدارمى ، فى : باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٠ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٤٦٦ .

(2) الرواية بهذا اللفظ غير موجودة فى شىء من كتب الحديث التى بين أيدينا . وقال الحافظ ابن حجر : أما رواية التحالف فاعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث . التلخيص الحبير ٣/ ٣١ .

الشرح الكبير

بِعْتُه بكَذَا . فإنْ شاءَ المُشْتَرِى أخذَه بما قالَ البائِعُ ، وإلَّا حَلَفَ : ما اشْتَرَيْتُه بكذا ، وإنَّما اشْتَرَيْتُه بكذا . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يُبْدَأُ بيَمِينِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، واليَمِينُ فى جَنَبَتِه أقْوَى ، ولأنَّه يُقْضَى بنُكُولِه ، ويَنْفَصِلُ الحُكْمُ ، وما كان أقْرَبَ إلى فَصْلِ الخُصُومَةِ كان أَوْلَى . ولَنا ، قَوْلُ النَّبِىِّ ﷺ : « فالقَوْلُ ما قالَ البائِعُ ، أو يَترادَّانِ البَيْعَ » . وفى لَفْظٍ : « فالقَوْلُ قَوْلُ [٢٨٥/٣ظ] البائِعِ ، والمُشْتَرِى بالخِيَارِ » . رَواهُ الإمامُ أحمدُ[١] . ومَعْناهُ : إن شاءَ أخَذَ ، وإنْ شاءَ حَلَفَ . ولأنَّ البائِعَ أقْوَى جَنَبَةً ؛ لأنَّهُما إذا تَحالَفا عادَ المَبِيعُ إليه ، فكان أقْوَى ، كصَاحِبِ اليَدِ ، وقد بَيَّنَّا أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُنْكِرٌ ، فيَتَساوَيَانِ من هذا الوَجْهِ . والبائِعُ إذا حَلَفَ فهو بمَنْزِلَةِ نُكُولِ المُشْتَرِى ، يَحْلِفُ الآخَرُ ، ويُقْضَى له[٢] ، فهما سَواءٌ . ويَكْفِى كُلَّ واحِدٍ منهما يَمِينٌ واحِدَةٌ ؛ لأنَّهُ أقْرَبُ إلى فَصْلِ القَضاءِ .

الإنصاف

قوله : فيُبْدَأُ بيَمِينِ البائعِ ، فيَحْلِفُ ؛ ما بِعْتُه بكذا ، وإنَّما بِعْتُه بكذا ، ثم يَحْلِفُ المُشْتَرِى ؛ ما اشْتَرَيْتُه بكذا ، وإنَّما اشْتَرَيْتُه بكذا . اعْلَمْ أنَّ كلًّا مِنَ المُتَبايِعَيْن يذكُرُ فى يَمِينِه إثْباتًا ونَفْيًا ، ويبْدَأُ بالنَّفْىِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما قال المُصَنِّفُ . وعنه ، يبْدَأُ بالإثْباتِ . وذكَرَها الزَّرْكَشِىُّ ، وصاحِبُ « الحاوِى » ، وغيرُهما ، وَجْهًا . وذكَرَها فى « الرِّعايَةِ » قوْلًا ، فيقولُ البائعُ : بِعْتُه بكذا لا بكذا . ويقولُ

---

(١) فى : المسند ١/ ٤٦٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧١ .

(٢) فى م : « به » .

المقنع

فَإِنْ نكَلَ أَحَدُهُمَا ، لَزِمَهُ مَا قَالَ صَاحِبُهُ . وَإِنْ تَحالَفَا ، فَرَضِىَ أَحَدُهُمَا بِقَوْلِ صَاحِبِهِ ، أُقِرَّ الْعَقْدُ ، وَإِلَّا فَلِكُلٍّ

الشرح الكبير

١٦٥٧ – مسألة : (فإنْ نَكَلَ أحَدُهما ، لَزِمَه ما قالَ صاحِبُه) يَعْنِى إذا حَلَفَ البائِعُ ، فَنَكَلَ المُشْتَرِى عن اليَمِينِ ، قُضِىَ عليه ، وإنْ نكَلَ البائِعُ[1] حَلَفَ المُشْتَرِى ، وقُضِىَ له . وَوَجْهُ ذلك حَدِيثُ ابنِ عمرَ لَمَّا باع زَيْدًا عَبْدًا ، واخْتَلَفَا فى عَيْبٍ فيه ، فاحْتَكَمَا إلى عثمانَ ، فوَجَبَتْ على عبدِ اللهِ اليَمِينُ، فلم يَحْلِفْ، فرَدَّ عثمانُ عليه العَبْدَ. رَواهُ الإمامُ أحمدُ[2].

١٦٥٨ – مسألة : (فإنْ تَحالَفَا[3] ، فرَضِىَ أحَدُهما بقَوْلِ

الإنصاف

المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بكذا لا بكذا . وأطْلَقهما فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . قال فى « الفُروعِ » : والأشْهَرُ يذْكُرُ كلُّ واحدٍ منهما إثْباتًا ونَفْيًا . فظاهِرُه ، أنَّ خِلافَ الأشْهَرِ الاكْتِفاءُ بأحَدِهما ؛ أعْنِى الإثْباتَ أوِ النَّفْىَ . وقد قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : حلَف البائعُ ؛ ما باعَه إلَّا بكذا ، ثم المُشْتَرِى ؛ أنَّه ما اشْتَراه إلَّا بكذا .

قوله : فإنْ نكَل أحَدُهما ، لَزِمَه ما قال صاحِبُه . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال بعضُ الأصحابِ : أو نكَل مُشْترٍ عن إثْباتٍ ، قُضِىَ عليه . [(1)]قال فى «التَّلْخيصِ»: فإنْ نكَل المُشْتَرِى عن الإثْباتِ، قُضِىَ عليه بتَخْيِيرِ البائعِ[1)] .

قوله : وإنْ تَحالفَا ، فَرَضِىَ أحَدُهما بقَوْلِ صاحِبِه ، أُقَرَّ العَقْدَ ، وإلَّا فلكُلٍّ واحِدٍ منهما الفَسْخُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهب ، وعليه الأصحابُ . وقيل : يَقِفُ الفَسْخُ

---

(١) فى م : « المشترى » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٦ .

(٣) فى م : « تخالفا » .

(١ – ١) زيادة من : ش .

وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ .

صاحِبِه ، أُقِرَّ العَقْدُ ، وإلَّا فلِكُلِّ واحِدٍ منهما الفَسْخُ) إذا تَحالَفَا ، لم يَنْفَسِخِ البَيْعُ بنفسِ التَّحالُفِ[1] ؛ لأنَّه عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فلم يَنْفَسِخْ باخْتِلافِهِما وتَعارُضِهِما فى الحُجَّةِ ، كما لو قامَتِ البَيِّنَةُ لكُلِّ واحِدٍ منهما ، لكن إنْ رَضِىَ أحَدُهما بما قال الآخَرُ ، أُجْبِرَ الآخَرُ عليه ، وأُقِرَّ العَقْدُ بينهما ، وإن لم يَرْضَ واحِدٌ منهما ، فلِكُلِّ واحِدٍ منهما الفَسْخُ . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَقِفَ الفَسْخُ على الحاكِمِ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ ، وأحَدُهُما ظالِمٌ ، وإنّما يَفْسَخُه الحاكِمُ ؛ لتَعَذُّرِ إمْضَائِه فى الحُكْمِ ، أشْبَهَ نِكاحَ المَرْأةِ إذا زَوَّجَها الوَلِيَّانِ وجُهِلَ السابِقُ منهما . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أو يَتَرادَّانِ البَيْعَ » . وظاهِرُه اسْتِقْلالُهما بذلك . ورُوِىَ أنَّ ابنَ مَسْعُودٍ باعَ الأشْعَثَ بنَ قَيْسٍ رَقِيقًا مِن رَقِيقِ الإمارَةِ ، فقال عبدُ اللهِ : بِعْتُكَ بعِشْرِينَ ألْفًا . وقال الأشْعَثُ : شَرَيْتُ منك بعَشَرَةِ آلافٍ . فقال عبدُ اللهِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقول : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعَانِ وليس بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، والبَيْعُ قائِمٌ بعَيْنِه ، فالقَوْلُ قولُ البائِعِ ، أو يَتَرادَّانِ البَيْعَ » . قال : فإنِّى أرُدُّ البَيْعَ . رَواهُ سَعِيدٌ[2] .

على الحاكِمِ . وهو احْتِمالٌ لأبى الخَطَّابِ . وقطَع به ابنُ الزَّاغُونِىِّ .

تنبيه : ظاهِرُ قولِه : وإلَّا فلكُلِّ واحدٍ منهما الفَسْخُ . أنَّ البَيْعَ لا يَنْفَسِخُ بنَفْسِ التَّحالُفِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : يَنْفَسِخُ . قال

(١) فى م : « التخالف » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٦٤ .

المقنع وَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ تَالِفَةً ، رَجَعَا إِلَى قِيمَةِ مِثْلِهَا . فَإِنِ اخْتَلَفَا فِى صِفَتِهَا ، فَالْقَولُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى مَعَ يَمِينِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَتَحَالَفَانِ إِذَا

الشرح الكبير وروَى أيضًا حَدِيثًا عن عبدِ المَلِكِ بن عُبَيْدَةَ[1] ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ اسْتُحْلِفَ البائعُ ، ثمّ كان للمُشْتَرِى الخِيارُ ، إنْ شاءَ أَخَذَ ، وإنْ شاءَ تَرَكَ »[2] . وهذا ظاهِرٌ فى أنه يَفْسَخُ مِن غيرِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه جَعَلَ الخِيارَ إليه ، فأشْبَهَ مَنْ له خِيارُ الشَّرْطِ ، ولأنَّه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، أشْبَهَ الرَّدَّ بالعَيْبِ ، ولا يُشْبِهُ النِّكَاحَ ؛ لأنَّ لكلِّ واحِدٍ مِن الزَّوْجَيْنِ الاسْتِقْلالَ بالطَّلاقِ .

١٦٥٩ – مسألة : (وإنْ كانتِ السِّلْعَةُ تالِفَةً ، رَجَعَا إلى قِيمَةِ مِثْلِها . فإنِ اخْتَلَفَا [٣/٢٨٦و] فى صِفَتِها ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى[3]مع يَمِينه[3] .

الإنصاف ابنُ الزَّاغُونِيِّ : وهو المَنْصُوصُ . وكذا لا يَنْفَسِخُ المَبِيعُ لوِ امْتَنَعَ البائعُ مِن إعْطائِه بما قالَه المُشْتَرِى ، وامْتَنَعَ المُشْتَرِى مِنَ الأخْذِ بما قالَه البائعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو المَعْرُوفُ عندَ الشَّيْخَيْن وغيرِهما . وعنه ، يَنْفَسِخُ بمُجَرَّدِ إبائِهما . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ .

قوله : وإنْ كانتِ السِّلْعَةُ تالِفَةً ، رَجَعا إلى قِيمَةِ مِثْلِها . وهو كالصَّريحِ أنَّهما

---

(١) فى الأصل ، ق ، م : « عبدة » . قال الدارقطنى : وقد اختلف فيه فى تسمية والد عبد الملك هذا الراوى . وانظر : تهذيب التهذيب ٦/٤٠٩ .

(٢) وأخرجه النسائى ، فى : باب اختلاف المتبايعين فى الثمن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤٦٦ . والبيهقى ، فى : باب اختلاف المتبايعين ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥/٣٣٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/١٨ ، ١٩ .

(٣) سقط من : م .

المقنع

كَانَتْ تَالِفَةً ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى مَعَ يَمِينِهِ .

الشرح الكبير

وعنه ، لا يَتَحَالَفَانِ إذا كانت تالِفَةً ، والقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه) إذا اخْتَلَفَا فى ثَمَنِ السِّلْعَةِ بعد تَلَفِها ، فعن أحمدَ فيها رِوَايَتَانِ ؛ إحْداهُما ، يَتَحَالَفَانِ . هكذا ذَكَرَه الخِرَقِىُّ ، مثلَ ما[1] لو كانتْ قائِمَةً . وهو قَوْلُ الشّافِعِىِّ ، وإحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن مالِكٍ . والأُخْرَى ، القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . اخْتَارَها أبو بكرٍ . وهو قَوْلُ النَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، وأبى حَنِيفَةَ ؛ لقَوْلِه عليه السلامُ فى الحَدِيثِ : « والسِّلْعَةُ قائِمَةٌ »[2] . مَفْهُومُه أنَّه لا يُشْرَعُ التَّحالُفُ عندَ تلَفِها . ولأنَّهما اتَّفَقا على نَقْلِ السِّلْعَةِ إلى المُشْتَرِى ، واسْتِحْقَاقِ عَشَرَةٍ فى ثَمَنِها ، واخْتَلَفَا فى عَشَرَةٍ زَائِدَةٍ ، البائِعُ يَدَّعِيها ، والمُشْتَرِى يُنْكِرُها ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . وتَرَكْنَا

الإنصاف

يَتحالَفان مع تَلَفِ السِّلْعَةِ ، وقد دخَل ذلك فى عُمومِ قوْلِه : ومتى اخْتلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، تَحالَفا . وهذا المذهبُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : أصحُّ الرِّوايتَيْن التَّحالُفُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا اخْتِيارُ الأكْثَرِين . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا أوْلَى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الخِرَقِىِّ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » . ونَصَرَه فى « المُغْنِى » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « المَذْهَبِ الأحمدِ » . وعنه ، لا يَتحالَفان إنْ كانتْ تالِفةً ، والقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى أنَصُّهما . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

---

(١) سقط من : ر ١ ، م .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٦٤ .

الشرح الكبير

هذا القِياسَ حالَ قِيامِ السِّلْعَةِ ؛ للحَدِيثِ الوَارِدِ فيه ، ففيما عَدَاهُ يَبْقَى على القِياسِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأُولَى عُمُومُ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ . فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ ، والمُشْتَرِى بالخِيارِ » . قال أحمدُ : و لم يَقُلْ[1] فيه : « والبَيْعُ قائِمٌ » إلَّا يَزِيدُ بنُ هارُونَ . قال أبو عَبْدِ اللهِ : وقد أخْطَأَ ، رَواهُ الخَلْقُ عن المَسْعُودِىِّ ، و لم يَقُولُوا هذه الكَلِمَةَ . ولأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُنْكِرٌ ، فيُشْرَعُ اليَمِينُ ، كحالِ قيامِ السِّلْعَةِ ، فإنَّ ذلك لا يَخْتَلِفُ بقِيَامِ السِّلْعَةِ وتَلَفِها . وقَوْلُهم : تَرَكْنَاهُ للحَدِيثِ . قُلْنا : لم يَثْبُتْ فى الحَدِيثِ « تَحالَفَا »[2] . قال ابنُ المُنْذِرِ : وليس فى هذا البابِ حَدِيثٌ يُعْتَمَدُ عليه . وعلى أنَّه إذا خُولِفَ الأصْلُ لمَعْنًى ، وَجَبَ

الإنصاف

و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَنْبَغِى أنْ لا يُشْرَعَ التَّحالُفُ ولا الفَسْخُ ، فيما إذا كانتْ قِيمَةُ السِّلْعَةِ مُساوِيَةً للثَّمَنِ الذى ادَّعاه المُشْتَرِى ، ويكونُ القَوْلُ قولَ المُشْتَرِى مع[٢/ ٨٦ظ] يَمِينِه ؛ لأنَّه لا فائدَةَ فى ذلك ؛ لأنَّ الحاصِلَ به الرُّجُوعُ إلى ما ادَّعاه المُشْتَرِى ، وإنْ كانتِ القِيمَةُ أقَلَّ ، فلا فائدَةَ للبائعِ فى الفَسْخِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ لا يُشْرَعَ اليَمِينُ ولا الفَسْخُ ؛ لأنَّ ذلك ضرَرٌ عليه مِن غيرِ فائدَةٍ ، وَيحْتَمِلُ أنْ يُشْرَعَ ؛ لتَحْصِيلِ الفائدَةِ للمُشْتَرِى . انتهيا .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قوْلُه : رَجَعا إلى قِيمَةِ مِثْلِها . هكذا قال الخِرَقِىُّ وشُرَّاحُه ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) فى م : « ينقل » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بتَعَدِّى ذلك المَعْنَى ، فنَقِيسُ عليه . بل يَثْبُتُ الحُكْمُ بالبَيِّنَةِ ، فإنَّ التَّحالُفَ إذا ثَبَتَ مع قِيامِ السِّلْعَةِ ، مع أنَّه يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ ثَمَنِها للمَعْرِفَةِ بقِيمَتِها ، فإنَّ الظاهِرَ أنَّ الثَّمَنَ يكونُ بالقِيمَةِ ، فمع تَعَذُّرِ ذلك أَوْلَى . فإذا تَحالَفَا ، فإنْ رَضِىَ أحَدُهما بما قالَ الآخَرُ ، لم يُفْسَخِ العَقْدُ ؛ لعَدَمِ الحاجَةِ إلى فَسْخِه ، وإنْ لم يَرْضَيَا ، فلِكُلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُه ، كما إذا كانتِ السِّلْعَةُ باقِيَةً ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ إلى المُشْتَرِى ، ويَدْفَعُ المُشْتَرِى قِيمَةَ السِّلْعَةِ إلى البائِعِ ، فإن كانَا مِن جِنْسٍ واحِدٍ وتَساوَيَا بعد التَّقابُضِ ، تَقاصَّا . ويَنْبَغِى أنْ لا يُشْرَعَ التَّحالُفُ ولا الفَسْخُ فيما إذا كانت قِيمةُ السِّلْعَةِ مُسَاوِيَةً للثَّمَنِ الذى ادَّعاهُ المُشْتَرِى ، ويكونُ القَوْلُ قَوْلَ

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،و « الحاوِيَيْن » ،و « الفُروعِ » ،و « الفائقِ » ،وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : ثم يرُدُّ عيْنَ المَبِيعِ عندَ التَّفاسُخِ ، إنْ كانتْ باقِيَةً ، وإلَّا فمِثْلَها ، فإنْ لم تكُنْ مِثْلِيَّةً وإلَّا فقِيمَتُها . فاعْتَبرَ المِثْلِيَّةَ ، فإنْ لم تكُنْ مِثْلِيَّةً ، فالقِيمَةُ ، والجماعةُ أوْجَبُوا القِيمَةَ وأطْلَقُوا . الثَّانى ، قوْلُه فى الرِّوايَةِ الأُولَى : رَجَعا إلى قِيمَةِ مِثْلِها ، ويكونُ القَوْلُ قولَ المُشْتَرِى فى قِيمَةِ التَّالِفِ . نَقلَه محمدُ ابنُ العَبَّاسِ -وفى قَدْرِه وصِفَتِه - وعليه الأصحابُ ، كما صرَّح به المُصَنِّفُ بقَوْلِه : فإنِ اخْتلَفا فى صِفَتِها ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى . فظاهِرُ كلامِه ، أنَّه سواءٌ كان الاخْتِلافُ فى صِفَةِ العَيْنِ أو العَيْبِ . أمَّا صِفَةُ العَيْنِ ، فلا خِلافَ فيها ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُشْتَرِى ، وإنْ كانتِ الصِّفَةُ عَيْبًا - كالبَرَصِ ، والخَرْقِ فى الثَّوْبِ - فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَشْهورُ . وقيل : القَوْلُ قولُ البائعِ فى نَفْىِ ذلك . فعلى المذهبِ فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، إنْ رَضِىَ

الشرح الكبير

المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فى ذلك ، لأنَّ الحاصِلَ به الرُّجُوعُ إلى ما ادَّعاهُ المُشْتَرِى . وإن كانتِ القِيمَةُ أقلَّ ، فلا فائِدَةَ للبائِعِ فى الفَسْخِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ لا يُشْرَعَ له اليَمِينُ ولا الفَسْخُ ؛ لأنَّ ذلك ضَرَرٌ عليه من غيرِ فائِدَةٍ ، ويَحْتَمِلُ أنْ يُشْرَعَ لتَحْصُلَ الفائِدَةُ للمُشْتَرِى . ومَتَى اخْتَلَفَا فى قِيمَةِ السِّلْعَةِ ، رَجَعَا إلى قِيمَةِ مِثْلِها مَوْصُوفًا بصِفَاتِها . فإنِ اخْتَلَفَا فى الصِّفَةِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه غارِمٌ .

فصل : وإن تَقَايَلَا المَبِيعَ ، أو رُدَّ بعَيْبٍ بعدَ قَبْضِ البائِعِ الثَّمَنَ ، ثم اخْتَلَفَا فى قَدْرِه ، فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ [٢٨٦/٣ظ] لِما يَدَّعِيه المُشْتَرِى بعدَ انْفِساخِ العَقْدِ ، أشْبَهَ ما إذا اخْتَلَفَا فى القَبْضِ .

الإنصاف

المُشْتَرِى بما قالَ البائعُ ، وإلَّا رجَع كلٌّ منهما إلى ما يَخْرُجُ منه ؛ فيأْخُذُ المُشْتَرِى الثَّمَنَ إنْ كان قد قُبِضَ ، ويأْخُذُ البائعُ القِيمَةَ ، فإنْ تَساوَيا ، وكانَا مِن جِنْسٍ ، تقَاصَّا وتَساقَطا –على ما يأْتِى ، وإلَّا سقَط الأقلُّ ومِثْلُه مِنَ الأكْثرِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ المَعْروفُ . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : ظاهِرُ كلامِ أبِى الخطَّابِ ، أنَّ القِيمَةَ إذا زادَتْ على الثَّمَنِ ، لا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ الزِّيادَةُ ؛ لأنَّه قال : المُشْتَرِى بالخِيارِ بينَ دَفْعِ الثَّمَنِ الذى ادَّعاه البائعُ ، وبينَ دَفْعِ القِيمَةِ ؛ لأنَّ البائعَ لا يدَّعِى الزِّيادَةَ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وكلامُ أبِى الخَطَّابِ ككَلامِ الخِرَقِىِّ ، وليس فيه أنَّ ذلك بعدَ الفَسْخِ ، بل هذا التَّخْيِيرُ مُصَرَّحٌ به بأنَّه بعدَ التَّحالُفِ ، وليسَ إذْ ذاك فَسْخٌ ، ولاشَكَّ أنَّ المُشْتَرِىَ ، والحالُ هذه ، يُخَيَّرُ على المَشْهُورِ . والذى قالَه ابنُ مُنَجَّى بَحْثٌ لصاحِبِ « الهِدايَةِ » – يعْنِى جَدَّه أبا المَعالِى ، صاحِبَ « الخُلاصَةِ » – فإنَّه حكَى عنه بعدَ ذلك أنَّه قال : وُجوبُ الزِّيادَةِ أظْهَرُ ؛ لأنَّ

المقنع

وَإِنْ مَاتَا ، فَوَرَثَتُهُمَا بِمَنْزِلَتِهِمَا . وَمَتَى فَسَخَ الْمَظْلُوم مِنْهُمَا ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . وَإِنْ فَسَخَ الظَّالِمُ ، لَمْ يَنْفَسِخْ فِى حَقِّهِ بَاطِنًا ، وَعَلَيْهِ إِثْمُ الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

١٦٦٠ - مسألة : (وإن ماتا ، فوَرَثَتُهما بمَنْزِلَتِهما) فى جَمِيعِ ما ذَكَرْناهُ ؛ لأنَّهم يَقُومُونَ مَقامَهُما فى أخْذِ مالِهما وإرْثِ حُقُوقِهما ، فكذلك فيما يَلْزَمُهما أو يَصِيرُ لهما . ولأنها يَمِينٌ فى المالِ ، فقامَ الوارِثُ فيها مَقامَ المَوْرُوثِ ، كاليَمِينِ فى الدَّعْوَى .

١٦٦١ - مسألة : (ومَتَى فَسَخَ المَظْلُومُ مِنْهُما ، انْفَسَخَ العَقْدُ[1] ظاهِرًا وباطِنًا ، وإن فَسَخَ الظَّالِمُ ، لم يَنْفَسِخْ فى حَقِّهِ باطِنًا ، وعليه إثْمُ الغاصِبِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الفَسْخَ إذا وُجِدَ منهما ، فقال القاضِى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الفَسْخَ يَنْفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لأنه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، فهو كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، أو فَسْخُ عَقْدٍ بالتَّحالُفِ ، فأَشْبَهَ الفَسْخَ باللِّعانِ . وقال

الإنصاف

بالفَسْخِ سقَط اعْتِبارُ الثَّمَنِ . وبحَث ذلك الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ أيضًا ؛ فقال : يتوجَّهُ أنْ لا تَجِبَ قِيمَتُه ، إلَّا إذا كانتْ أقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ ، أمَّا إنْ كانتْ أكثرَ ، فهو قد رَضِىَ بالثَّمَنِ ، فلا يُعْطَى زِيادَةً ؛ لاتِّفاقِهما على عدَمِ اسْتِحْقاقِها . ومِثْلُ هذا فى الصَّداقِ -ولا فَرْقَ- إلَّا أنَّ هنا انْفَسَخَ العَقْدُ الذى هو سبَبُ اسْتِحْقاقِ المُسَمَّى ، بخِلافِ الصَّداقِ ؛ فإنَّ المُقْتَضِىَ لاسْتِحْقاقِه قائمٌ . انتهى .

قوله : ومتى فسَخ المَظْلومُ منهما ، انْفَسَخَ العَقْدُ ، ظاهِرًا وباطِنًا ، وإنْ فسَخ الظَّالِمُ ، لم يَنفَسِخْ فى حَقِّه باطِنًا ، وعليه إثْمُ الغاصِبِ . قال المُصَنِّفُ فى

---

(١) بعده فى ق : « فى حقه » .

الشرح الكبير

أبو الخَطّابِ : إن كان البائعُ ظالِمًا ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ فى الباطِنِ ؛ لأنَّه كان[1] يُمْكِنُه إمْضاءُ العَقْدِ واسْتيفاءُ حَقِّه ، فلا يَنْفَسِخُ العَقْدُ فى الباطِنِ ، ولا يُباحُ له التَّصَرُّفُ فى المَبيعِ ؛ لأنَّه غاصِبٌ ، وإن كان المُشْتَرِى ظالِمًا ، انْفَسَخَ البَيْعُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لعَجْزِ البائعِ عن اسْتيفاءِ حَقِّه ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى . ولأصْحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ . ولهم وَجْهٌ ثالِثٌ ؛ أنَّه لا يَنْفَسِخُ فى الباطِنِ بحالٍ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّه لو عَلِمَ أنَّه لا يَنْفَسِخُ فى الباطِنِ بحالٍ ، لَمَا أمْكَنَ فَسْخُه فى الظاهِرِ ، فإنَّه لا يُباحُ لكُلِّ واحِدٍ منهما التَّصَرُّفُ فيما رَجَعَ إليه بالفَسْخِ ، ومتى عَلِمَ أنَّ ذلك مُحَرَّمٌ مُنِعَ منه . ولأنَّ الشارِعَ جَعَلَ للمَظْلُومِ منهما الفَسْخَ ظاهِرًا وباطِنًا ، فانْفَسَخَ بفَسْخِه فى الباطِنِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . قال شيْخُنا[2] : ويَقْوَى عِنْدِى أنَّه إنْ فَسَخَه المَظْلُومُ[3] منهما ، انْفَسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا ؛

الإنصاف

« المُغْنِى »[4] : ويقْوَى عندِى أنَّه إنْ فَسَخ المَظْلومُ منهما ، انْفَسخَ ظاهِرًا وباطِنًا ، وإنْ فسَخَه الكاذِبُ عالِمًا بكَذِبه ، لم يَنْفَسِخْ بالنِّسْبَةِ إليه . فَوافقَ اخْتِيارُه فى « المُغْنِى » ما جزَم به هنا . ووَافقَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ؛ فقال : ويَنْفَسِخُ ظاهِرًا فقط ؛ لفَسْخِ أحَدِهما ظُلْمًا ، ومُطْلَقًا لفَسْخِ المَظْلومِ . وقدَّمه النَّاظِمُ ؛ فقال :

وإنْ فسَخ المَظْلومُ يَفْسَخُ مُطْلَقًا ... ويَنْفُذُ فَسْخُ المُعْتَدِى ظاهِرًا قدِ

---

(1) فى م : « لا » .

(2) فى : المغنى ٦/٢٨٢ .

(3) فى المغنى : « الصادق » .

(4) انظر : المغنى ٦/ ٢٨٢ .

الشرح الكبير

لذلك . وإنْ فَسَخَه الكاذِبُ عالِمًا بكَذِبِه ، لم يَنْفَسِخْ بالنِّسْبَةِ إليه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ له الفَسْخُ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُه بالنِّسْبَةِ إليه ، ويَثْبُتُ بالنِّسْبَةِ إلى

الإنصاف

ثم ذكَر الخِلافَ . وقال فى « الوَجيزِ » : وإذا فُسِخَ العَقْدُ ، انْفسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا مُطْلَقًا . فأَدْخَلَ الظَّالِمَ والمَظْلومَ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . واخْتارَه القاضى . ثم قال فى « الفُروعِ » : وقيل : مع ظُلْمِ البائعِ ينْفَسِخُ ظاهِرًا . وقيل : وباطِنًا فى حَقِّ المَظْلومِ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : ومع ظُلْمِ البائعِ وفَسْخِه يَنْفَسِخُ ظاهِرًا . وقيل : وباطِنًا . ومع ظُلْمِ المُشْتَرِى وفَسْخِه ينْفَسِخُ ظاهِرًا وباطِنًا ، فيُباحُ للبائعِ جميعُ التَّصَرُّفاتِ فى المَبيعِ . وقيل : لا ينْفَسِخُ باطِنًا . ومع فَسْخِ المَظْلومِ منهما ، ينفَسِخُ ظاهِرًا وباطِنًا . انتهى . وقال فى « الهِدايَةِ » : فإنِ انْفسَخَ العَقْدُ ، فقال شيْخُنا : ينْفَسِخُ ظاهِرًا وباطِنًا ، فيُباحُ للبائعِ جميعُ التَّصَرُّفِ فى المَبيعِ . وعندى ، إنْ كان البائعُ ظالِمًا ، انْفَسَخَ فى الظَّاهِرِ دُونَ الباطِنِ ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه إمْضاءُ العَقْدِ ، واسْتِيفاءُ حَقِّه ، فإذا فسَخ ، فقد تعَدَّى ، فلا ينْفَسِخُ العَقْدُ ، ولا يُباحُ له التَّصَرُّفُ ؛ لأنَّه غاصِبٌ . وإنْ كان المُشْتَرِى هو الظَّالِمَ ، انْفَسَخَ [٢/ ٨٧و] العَقْدُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لأنَّ البائعَ ما يُمْكِنُه اسْتِيفاءُ حقِّه بإمْضاءِ العَقْدِ ، فكانَ له الفَسْخُ ، كما لو أفْلَس المُشْتَرِى . انتهى . وتابعَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الشَّرْحِ » . وقال فى « الخُلاصَةِ » : وينْفَسِخُ فى الباطِنِ . وقيل : إنْ كان البائعُ ظالِمًا ، لم ينْفَسِخْ فى الباطِنِ . وقال فى « المُذْهَبِ » ، و « البُلْغَةِ » : ومتى وقَع الفَسْخُ ، انْفَسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا فى حقِّهما ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، إنْ كان البائعُ ظالِمًا انْفَسَخَ فى الظَّاهِرِ دُونَ الباطِنِ . وهو كما فى « الخُلاصَةِ » ، إلَّا أنَّهما أطْلَقا ، وقيَّد[1] هو .

(١) فى الأصل ، ط : « قدم » .

الشرح الكبير

صاحِبِه ، فيُبَاحُ له التَّصَرُّفُ فيما رَجَعَ إليه ؛ لأنَّه رَجَعَ إليه بحُكْمٍ مِن غيرِ عُدْوانٍ منه ، فأشْبَهَ ما لو رَدَّ عليه المَبِيعَ بدَعْوَى العَيْبِ ، ولا عَيْبَ فيه .

الإنصاف

وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، عن كلامِ المُصَنِّفِ : وظاهِرُ كلامِه ، الفَرْقُ بينَ الظَّالِمِ والمَظْلومِ ، سواءٌ كان الظَّالِمُ البائعَ أو المُشْتَرِىَ . ولم أجِدْ نقْلًا صَريحًا يُوافِقُ ذلك ولا دَليلًا يقْتَضِيه ، بلِ المَنْقولُ فى مِثْلِ ذلك ، وذكَر كلامَ القاضى ، وأبى الخَطَّابِ . انتهى . وهو عَجِيبٌ منه ؛ فإنَّ المَسْألَةَ ليس فيها مَنْقولٌ صَريحٌ عن الإمامِ أحمدَ حتى يُخالِفَه ، بلِ المَنْقولُ فيها عنِ الأصحابِ ، وهو مِن أعْظَمِهم . وقد اخْتارَ ما قطَع به هنا فى « المُغْنِى » ، فقال : ويقْوَى عندِى . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . وذكَره قوْلًا فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وقوْلُه : ولا وَجدْتُ دَليلًا يَقْتَضِيه . غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ فإنَّ فَسْخَ المَظْلومِ ظاهِرًا وباطِنًا ، ظاهِرُ الدَّليلِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وأمَّا فَسْخُ الظَّالِمِ للعَقْدِ ، فإنَّه لا يصِحُّ بالنِّسْبَةِ إليه ؛ لأنَّه لا يحِلُّ له الفَسْخُ ، فلم يثْبُتْ حُكْمُه بالنِّسْبَةِ إليه . وهذه عادةُ ابنِ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » مع المُصَنِّفِ ، إذا لم يطَّلِعْ على مَنْقولٍ بما قالَه المُصَنِّفُ ، اعْتَرضَ عليه ، وهذا ليس بجَيِّدٍ ، فإنَّ الاعْتِذارَ عنه أوْلَى مِن ذلك ، والمُصَنِّفُ إمامٌ جَليلٌ ، له اخْتِيارٌ واطِّلاعٌ على ما لم يُطَّلَعْ عليه . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ فى حُكْمِ المَسْألَةِ ، أنَّ العَقْدَ يَنْفَسِخُ ظاهِرًا وباطِنًا مُطْلَقًا . كما جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الخُلاصَةِ » . واخْتارَه القاضى ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ؛ إنْ كان البائعُ ظالِمًا ، انْفَسخَ فى حقِّه ظاهِرًا لا باطِنًا ، وإنْ كان المُشْتَرِى ظَالِمًا ، انْفَسَخَ ظاهِرًا وباطِنًا . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « البُلْغَةِ » . واخْتِيارُ المُصَنِّفِ قَوْلٌ ثالِثٌ . واللهُ أعلمُ .

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى صِفَةِ الثَّمَنِ ، تَحَالَفَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْبَلَدِ نَقْدٌ مَعْلُومٌ ، فَيُرْجَعَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٦٦٢ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، تحالَفَا ، إلَّا أنْ يكونَ للبَلَدِ نَقْدٌ مَعْلُومٌ ، فيُرْجَعَ إليه) إذا اخْتَلَفَا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِعَ إلى نَقْدِ البَلَدِ . نَصَّ عليه فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ؛ لأَنَّ الظَّاهِرَ أنَّهُما لا يَعْقِدَانِ إلَّا به . وإن كان فى البَلَدِ نُقُودٌ ، رُجِعَ إلى أوْسَطِها . نَصَّ عليه ، فى رِوايَةِ جماعَةٍ . فيَحْتَمِلُ [٢٨٧/٣و] أنَّه أراد[1] : إذا كان هو الأَغْلَبَ والمُعامَلَةُ به أكْثَرَ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ وقُوعُ المُعامَلَةِ به ، أشْبَهَ إذا كان فى البَلَدِ نَقْدٌ واحِدٌ .

الإنصاف

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، تَحالَفا إلَّا أنْ يكونَ للبلَدِ نَقْدٌ مَعْلُومٌ ، فيُرْجَعَ إليه . إذا كان للبَلَدِ نَقْدٌ واحِدٌ ، واخْتَلفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، أُخِذَ به . نصَّ عليه فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ . وإنْ كان فى البَلَدِ نقودٌ ، فقال فى « الفُروعِ » : أُخِذَ الغَالِبُ . وعنه ، الوَسَطُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وعنه ، الأَقَلُّ . قال القاضى وغيرُه : ويتَحالَفان . وقال فى « المُحَرَّرِ » : إنِ اخْتلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، فظاهِرُ كلامِه ، أنَّه يُرْجَعُ إلى أغْلَبِ نُقودِ البَلَدِ ، فإنْ تَساوَتْ فأَوْسَطُها . وقال القاضى : يتَحالَفان . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : أُخِذَ نَقْدُ البَلَدِ أو غالِبُه ، إنْ تعَدَّدَتْ نُقُودُه . نصَّ عليه . فإنِ اسْتَوتْ ، فالوَسَطُ . ومَنْ قُبِلَ قَوْلُه ، حلَف . وقيل : يتَحالَفان . زادَ فى « الكُبْرَى » ، وقيل : إنْ قال : بِعْتُك هذا الثَّوْبَ بدِرْهَمٍ . وأطْلَقَ – وهناك نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ – فله أَقَلُّ ذلك . فظاهِرُه ، جَوازُ البَيْعِ بثَمَنٍ مُطْلَقٍ ، وللبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ ، وله أدْناها ؛ لأَنَّه اليَقِينُ . وقال فى « الهِدايَةِ » : فإنِ اخْتَلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ؛ فإنْ كان فيه نُقُودٌ رُجِعَ إلى أوْسَطِها . وقال شَيْخُنا :

---

(١) فى م : « أراده » .

الشرح الكبير

ويَحْتَمِلُ أنّه رَدَّهُما إليه مع التَّساوِى ؛ لأنَّ فيه تَسْوِيَةً بينهما فى الحَقِّ وتَوَسُّطًا بينهما ، وفى العُدُولِ إلى غيرِه مَيْلٌ على أحَدِهما ، فكان التَّوَسُّطُ أوْلَى ، وعلى مُدَّعِى ذلك اليَمِينُ ؛ لأنَّ قولَ خَصْمِه مُحْتَمِلٌ ، فيَجِبُ اليَمِينُ لنَفْىِ ذلك الاحْتِمالِ ، كوُجُوبِها على المُنْكِرِ . وإن لم يكُنْ فى البَلَدِ إلَّا نَقْدانِ ،

الإنصاف

يتحالَفان . وكذا قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : إنْ كان فى البَلَدِ نُقُودٌ ، رُجِعَ إلى أوْسَطِها . نصَّ عليه فى رِوايَةِ جَماعَةٍ . قالا : فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ إذا كان هو الأغْلَبَ ، والمُعامَلَةُ به أكثرَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ وُقوعُ المُعامَلَةِ به ، أشْبَهَ ما إذا كان فى البَلَدِ نَقْدٌ واحدٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّه ردَّهما إليه مع التَّساوِى ؛ لأنَّ فيه تَسْوِيَةً بينَهما فى الحَقِّ ، وتَوَسُّطًا بينَهما ، وفى العُدولِ إلى غيرِه مَيْلٌ على أحَدِهما ، فكان التَّوَسُّطُ أوْلَى ، وعلى مُدَّعِى ذلك اليَمِينُ . انتهى . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وإنْ كان للبَلَدِ نُقُودٌ ، رُجِعَ إلى أوْسَطِها تَسْوِيَةً بينَهما ، ويَحْلِفُ مُدَّعِيه ، فإنْ كانتْ مُتَساوِيَةً ، تحالَفا . انتهى . وقال فى « الخُلاصَةِ » : أُخِذَ بنَقْدِ البَلَدِ . وقيل : يتحالَفان . وقال فى « التَّلْخيصِ » : فإنْ كان فيه نُقودٌ ، فهل يُرْجَعُ إلى الوَسَطِ ، أو يتحالَفان ؟ على وَجْهَيْن . وقال فى « الفائقِ » : إذا اخْتلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِعَ إلى نَقْدِ البَلَدِ وغالِبِه . نصَّ عليه ، ولو تَساوَتْ نُقُودُه ، فهل يُرْجَعُ إلى الوَسَطِ ، أو يتحالَفان ؟ على وَجْهَيْن . وقال ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » : ويَلْزَمُ نَقْدُ البَلَدِ ، أو غالِبُه ، أو أَخْذُ المُتَساوِيَةِ ، أو وَسَطُ المُتَقارِبَةِ ، بخُلْفِهما فى صِفَةِ الثَّمَنِ . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فالمُصَنِّفُ – رَحِمَه اللهُ – هنا قطَع بالتَّحالُفِ إذا كان فى البَلَدِ نُقُودٌ . وهو قَوْلُ القاضى وغيرِه . وقدَّمه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . والصَّحيحُ

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى أَجَلٍ أَوْ شَرْطٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ . وَعَنْهُ ،

الشرح الكبير

تَحَالَفَا ؛ لأَنَّهُما اخْتَلَفَا فى الثَّمَنِ على وَجْهٍ لم يَتَرَجَّحْ قولُ أَحَدِهما ، فيَتَحَالَفانِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَدْرِه .

١٦٦٣ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى أَجَلٍ أو شَرْطٍ ، فالقَوْلُ قولُ

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ، أَنَّهما لا يَتحالَفان ، لكِنْ هل يُؤْخَذُ الغالِبُ ؟ وهو [٢/ ٨٧ظ] الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « البُلْغَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال فى « المُحَرَّرِ » : وهو ظاهِرُ كلامِه . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : نصَّ عليه . أو يُؤْخَذُ الوَسَطُ ؟ اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « إِدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . أو يُؤْخَذُ الأَقَلُّ ؟ فيه ثلاثُ رِواياتٍ . والثَّالثةُ ، قَوْلٌ فى « الرِّعايَةِ » ، كما تقدَّم . وتقدَّم كلامُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، فى الكلامِ على رِوايَةِ الوَسَطِ . ولنا قَوْلٌ رابعٌ بالتَّحالُفِ ، وهو قَوْلُ القاضى وغيرِه . فعلى المذْهبِ ؛ إنْ تَساوَتِ النُّقُودُ ، ولم يَكُنْ فيها غالِبٌ ، فقال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » : أُخِذَ الوَسَطُ . لكنْ قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » : هل يُؤْخَذُ الوَسَطُ ، أو يتحالَفان ؟ على وَجْهَيْن . كما تقدَّم . وتقدَّم كلامُ ابنِ عَبْدُوسٍ . والوَسَطُ الذى فى « الفُروعِ » غيرُ الوَسَطِ الذى فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، فليُعْلَمْ ذلك .

قوله : وإنِ اخْتَلَفَا فى أَجَلٍ ، أو شَرْطٍ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يَنفِيه . هذا إِحْدَى

المقنع يَتَحالَفَانِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ شَرْطًا فَاسِدًا ، فَالْقَولُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ .

الشرح الكبير مَنْ يَنْفِيه . وعنه ، يَتَحالَفَانِ ، إِلَّا أنْ يكونَ شَرْطًا فاسِدًا ، فالقَوْلُ قولُ من يَنْفِيه[1]) إذا اخْتَلَفَا فى أجَلٍ أو شَرْطٍ أو رَهْنٍ أو ضَمِينٍ ، أو فى قَدْرِ الأَجَلِ أو الرَّهْنِ ، فالقَوْلُ قولُ مَن يَنْفِيه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ مع يَمينِه . وهذا قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُه ، فكان القَوْلُ قولَ مَنْ يَدَّعِيه ، كأصْلِ العَقْدِ . والثانيةُ ، يَتَحالَفانِ . وهو قَوْلُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّهُما اخْتَلَفا فى صِفَةِ العَقْدِ ، فوَجَبَ أنْ يَتَحالَفَا ، كما لو اخْتَلَفَا فى الثَّمَنِ . فأمّا إنِ اخْتَلَفَا

الإنصاف الرِّوايتَيْن . قال فى « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : يُقَدَّمُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِى أجَلًا أو شَرْطًا ، على الأظْهَرِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المَذْهَبِ الأحمدِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، و « المُنَوِّرِ » . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « الهادِى » .

وعنه ، يتَحالَفان . جزَم به فى « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « نِهايَتِه » ، و « نَظْمِها » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

تنبيه : مِثْلُ ذلك – خِلافًا ومذهبًا – إذا اخْتَلَفا فى رَهْنٍ ، أو فى ضَمِينٍ ، أو فى قَدْرِ الأَجَلِ أوِ الرَّهْنِ أوِ المَبِيعِ .

قوله : إِلَّا أنْ يكُونَ شَرْطًا فاسِدًا ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يَنْفِيه . فظاهِرُه ، أنَّه سَواءٌ

---

(1) فى م : « يثبته » .

الشرح الكبير

فيما يُفْسِدُ العَقْدَ ؛ فقال : بِعْتُكَ بخَمْرٍ[1] ، أو خِيارٍ مَجْهُولٍ ، أو فى شَرْطٍ فاسِدٍ . وقال الآخَرُ[2] : بل بِعْتَنِى بنَقْدٍ مَعْلُومٍ ، أو خِيارٍ إلى ثَلاثٍ . فالقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِى الصِّحَّةَ مع يَمِينِه ؛ لأَنَّ ظُهُورَ تَعاطِى المُسْلِمينَ الصَّحِيحَ أكثرُ من تَعاطِى الفاسِدِ . وإن قال : بِعْتُكَ مُكْرَهًا . فأَنْكَرَه ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِكْرَاهِ ، وصِحَّةُ البَيْعِ كذلك . وإن قال : بِعْتُكَ وأنا صَبِىٌّ . فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى . نَصَّ عليه . وهو قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ ؛ لأَنَّهُما اتَّفَقا على العَقْدِ ، واخْتَلَفا فيما يُفْسِدُه ، فكان القَوْلُ قَوْلَ مَن يَدَّعِى الصِّحَّةَ ، كالتى قَبْلَها ، ويَحْتَمِلُ أنْ يُقْبَلَ قَوْلُ مَن يَدَّعِى الصِّغَرَ ؛ لأَنَّه الأَصْلُ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشّافِعِىِّ . ويُفارِقُ ما إذا اخْتَلَفا فى الإِكْرَاهِ والشَّرْطِ الفاسِدِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ الأَصْلَ عَدَمُه . وهٰهُنا الأَصْلُ بَقاؤُه . والثانِى ، أنَّ الظَّاهِرَ من المُكَلَّفِ أنّه لا يَتَعاطَى إلَّا الصَّحِيحَ . وهٰهُنا ما ثَبَتَ أنَّه كان مُكَلَّفًا .

الإنصاف

كان الشَّرْطُ الفاسِدُ يُبْطِلُ العَقْدَ أو لا . واعْلَمْ أنَّه إذا كان لا يُبْطِلُ العَقْدَ ، فالقَوْلُ قولُ مَن يَنْفِيه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . [3]وقدَّمه المُصَنِّفُ هنا ، وجزَم به[3] . وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ وغيرُه . وعنه ، يَتحالَفان . ويأْتِى كلامُ ابنِ عَبْدُوسٍ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وإنْ كان يُبْطِلُ العَقْدَ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يَنْفِيه . وهذا المذهبُ ، وعليه عامَّةُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم،

---

(١) فى م : « بخمس » .

(٢) فى م : « لا » .

(٣ - ٣) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : بِعْتَنِى هَذَيْنِ . قَالَ : بَلْ أَحَدَهُمَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ .

الشرح الكبير

وإنْ قال : بِعْتُكَ وأنا مَجْنُونٌ . فإن لم يُعْلَمْ له[1] حالُ جُنُونٍ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه . وإن ثَبَتَ أنَّه كان مَجْنُونًا ، فهو كالصَّبِىِّ . وإن قال : بِعْتُكَ وأنا غيرُ مَأْذُونٍ لى فى التِّجارَةِ . فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى . نصَّ عليه فى رِوَايَةِ مُهَنَّا[2] ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ ، فالظَّاهِرُ أنَّه لا يَعْقِدُ إلَّا عَقْدًا صَحِيحًا .

١٦٦٤ – مسألة : (وإن قال : بِعْتَنِى هذَيْنِ . قال : بل أحَدَهما . فالقَوْلُ قولُ البائعِ) أمّا إذا قال : بِعْتَنِى هذا العَبْدَ والأَمَةَ بمائَةٍ . قال :

الإنصاف

ونصَّ عليه فى دَعْوَى عَبْدٍ عَدَمَ الإِذْنِ ، ودَعْوَى أنَّه كان صَغِيرًا حالَةَ العَقْدِ . وفى مَن يدَّعِى الصِّغَرَ وَجْهٌ ؛ يُقْبَلُ قَوْلُه ؛ لأنَّه الأَصْلُ . [3]وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، فى كتابِ الإِقْرارِ ، فيما إذا أَقرَّ وقال : لم أَكُنْ بالِغًا[3] . وقطَع ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، أنَّه لو ادَّعَى الصِّغَرَ ، أو السَّفَهَ حالَةَ البَيْعِ ، أنَّهما يتَحالَفان . وقال فى « الانْتِصارِ » ، فى مُدِّ عَجْوَةٍ : لو اخْتَلَفا فى صِحَّتِه وفَسادِه ، قُبِلَ قَوْلُ البائعِ مُدَّعِى فسادِه . ويأْتِى نظِيرُ ذلك فى الضَّمانِ ، وكتابِ الإِقْرارِ – فيما إذا ضَمِنَ أو أَقرَّ ، وادَّعَى أنَّه كان صَغِيرًا حالَةَ الضَّمانِ والإِقْرارِ – بأَتَمَّ مِن هذا .

قوله : وإنْ قال : بِعْتَنِى هذَيْن ؟ قال : بل أحَدَهما – يعْنِى ، بثَمَنٍ واحدٍ –

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « منها » .

(٣ – ٣) زيادة من : ش .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : بِعْتَنِي هَذَا . قَالَ : بَلْ هَذا . [١٠١و] حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ

الشرح الكبير

بل بِعْتُكَ العَبْدَ بخَمْسِينَ . فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يَدَّعِى عَقْدًا يُنْكِرُه البائِعُ ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . وإن قال البائِعُ : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بأَلْفٍ . فقال : بل هو والعَبْدُ الآخرُ بأَلْفٍ . فالقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ مع يَمِينِه . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّ البائِعَ يُنكِرُ بَيْعَ العَبْدِ الزَّائِدِ ، فكان القَوْلُ قَوْلَه مع يَمِينِه ، كما لو ادَّعَى شِراءَه مُنْفَرِدًا . وقال الشَّافِعِىُّ : يَتَحالَفَانِ ؛ [٣/٢٨٧ظ] لأنَّهُما اخْتَلَفَا فى أحَدِ عِوَضَىِ العَقْدِ ، أشْبَهَ ما لو اخْتَلَفَا فى الثَّمَنِ . وهذا القَوْلُ أقْيَسُ وأَوْلَى ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

١٦٦٥ – مسألة : (وإن قال : بِعْتَنِى هذا . قال : بل هذا . حَلَفَ

الإنصاف

فالقَوْلُ قَوْلُ البائعِ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « الوَجيزِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقيل : يَتحالَفان . اخْتارَه القاضى . وذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ رِوايَةً ، وصحَّحها . وقدَّمه فى « التَّبْصِرَةِ » وغيرِها . قال الشَّارِحُ : هذا أقْيَسُ وأوْلَى – إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا أقْيَسُ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » – فى بابِ المُزارَعَةِ ، وبابِ الدَّعاوَى والبَيِّناتِ : إذا اخْتلَفَ المُتَبايِعان فى قَدْرِ المَبِيعِ ، تَحالَفا . ذكَرَه عنه فى « التَّلْخيصِ » .

قوله : وإنْ قال : بِعْتَنِى هذا ؟ قال : بل هذا . حلَف كُلُّ واحِدٍ منهما على ما أنْكَرَه ، ولم يَثْبُتْ بَيْعُ واحِدٍ منهما . هذا إحْدَى الطَّرِيقتَيْن ، وهى طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ

المقنع

مِنْهُمَا عَلَى مَا أَنْكَرَهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ بَيْعُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

كُلُّ واحِدٍ منهما على ما أَنْكَرَه ، و لم يَثْبُتْ بَيْعُ واحِدٍ منهما) وذلك مثل أنْ يقولَ البائعُ : بعْتُكَ هذا العَبْدَ . قال : بل بِعْتَنِى هذه الجارِيَةَ . لأَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما يَدَّعِى عَقْدًا على عَيْنٍ يُنْكِرُها المُدَّعَى عليه ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . فإذا حَلَفَ البائعُ : ما بِعْتُكَ هذه الجارِيَةَ . أُقِرَّتْ فى يَدِه ، وإنْ كان مُدَّعِيها قد قَبَضَها رُدَّتْ عليه . وأما العَبْدُ ، فإن كان فى يَدِ البائِعِ ، أُقِرَّ فى يَدِه ، و لم يكُن للمُشْتَرِى طَلَبُه ؛ لأَنَّه لا يَدَّعِيه ، وعلى البائِعِ رَدُّ الثَّمَنِ إليه ؛ لأَنَّه لم يَصِلْ إليه المَعْقُودُ عليه . وإن كان فى يَدِ المُشْتَرِى ، فعليه رَدُّه إلى البائِعِ ؛ لأَنَّه يَعْتَرِفُ أنَّه لم يَشْتَرِه ، وليس للبائِعِ طَلَبُه إذا

الإنصاف

هنا ، وفى « الهادِى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ،و « الشَّرْحِ » ،و « إدْراكِ الغايَةِ » ،و « الفائقِ » ،و « الحاوِى الكَبِيرِ » . والطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، أنَّ حُكْمَ هذه المَسْأَلةِ ، حُكْمُ المَسْأَلةِ التى قبلَها . وهى المَنْصُوصَةُ عن أحمدَ ، وهى طرِيقَةُ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمَها فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَ الطَّرِيقتَيْن فى « الفُروعِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا قُلْنا : يتَحالَفان . وتَحالَفا ؛ فإنْ كان ما ادَّعاه البائعُ مَبيعًا بيَدِ [٢/ ٨٨و] المُشْتَرِى ، فعليه رَدُّه إلى البائعِ ، وليس للبائعِ طَلَبُه إذا بذَل له ثَمَنَه ؛ لاعْتِرافِه ببَيْعِه ، وإنْ لم يُعْطِه ثَمنَه ، فله فَسْخُ البَيْعِ ، واسْتِرْجاعُه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقال فى « المُنْتَخَبِ » : لا يَرُدُّه المُشْتَرِى إلى البائعِ . وأمَّا إذا كان بَيدِ البائعِ ؛ فإنَّه يُقَرُّ فى يَدِه ، و لم يَكُنْ للمُشْتَرِى طَلَبُه ، وعلى البائعِ رَدُّ

المقنع

وَإنْ قالَ الْبَائِعُ : لَا أُسَلِّمُ الْمَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَه . وَقَالَ الْمُشْتَرِى : لَا أُسَلِّمُهُ حَتَّى أَقْبِضَ الْمَبِيعَ . وَالثَّمَنُ عَيْنٌ ، جُعِلَ بَيْنَهُمَا عَدْلٌ يَقْبِضُ

الشرح الكبير

يذلَ له[1] ثمنه ؛ لاعْتِرافِه بِبَيْعِه ، وإنْ لم يُعْطِه ثَمَنَه ، فله فَسْخُ البَيْعِ واسْتِرْجاعُه ؛ لتَعذُّرِ الثَّمَنِ عليه ، فملَكَ الفَسْخَ ، كما لو أَفْلَسَ المُشْتَرِى . وإن أقامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بدَعْواه، ثَبَتَ العَقْدَانِ[2]؛ لأَنَّهما لا يَتنافَيانِ، فأَشْبَهَ ما لو ادَّعَى أحَدُهما البَيْعَ فيهما جَمِيعًا ، وأنْكَرَه الآخرُ . وإن أقامَ أحَدُهما بَيِّنَةً دونَ الآخرِ ، ثبَتَ ما قامَتْ عليه البَيِّنَةُ دونَ الآخرِ .

١٦٦٦ – مسألة : (وإنْ قال البائِعُ : لا أُسَلِّمُ المَبِيعَ حَتَّى أَقْبِضَ ثَمَنَه . وقال المُشْتَرِى : لا أُسَلِّمُهُ حتى أَقْبِضَ المَبِيعَ) وكان الثَّمَنُ

الإنصاف

الثَّمَنِ ، قوْلًا واحدًا . وإنْ أنْكرَ المُشْتَرِى بَيْعَ الأمَةِ ، لم يَطَأْها البائعُ ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ بِبَيْعِها . نقَل جَعْفَرٌ ، هى مِلْكٌ لذاك ؛ أيِ المُشْتَرِى . قال أبو بَكْرٍ : لا يَبْطُلُ البَيْعُ بجُحُودِه . ويأْتِى فى الوَكالَةِ خِلافٌ خرَّجَه فى النِّهايَةِ مِنَ الطَّلاقِ . الثَّانيةُ ، لو ادَّعَى البَيْعَ وَدفْعَ الثَّمَنِ ، فقال : بل زَوَّجْتُك وقبَضْتُ المَهْرَ . فقدِ اتَّفَقا على إباحَةِ الفَرْجِ له ، وتُقْبَلُ دَعْوَى النِّكاحِ بيَمِينِه . وذكَر أبو بَكْرٍ قوْلًا ؛ تُقْبَلُ دَعْواه البَيْعَ بيَمِينِه . ويأْتِى عكْسُها فى أوائلِ عِشْرَةِ النِّساءِ . ذكَر هذه المَسْأَلَةَ المُصَنِّفُ أَواخِرَ باب ما إذا وصَل بإقْرارِه ما يُغَيِّرُه . وتقدَّم فى كتابِ البَيْعِ ، فى ، فَصْلٌ : السَّابعُ ، إذا اخْتلَفا فى صِفَةِ المَبِيعِ .

قوله : وإنْ قال البائعُ : لا أُسَلِّمُ المَبِيعَ حتى أَقْبِضَ ثَمَنَه . وقال المُشْتَرِى : لا

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى ر ١ : « العقد » .

المقنع مِنْهُمَا وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِمَا .

الشرح الكبير عَيْنًا أو عَرْضًا (جُعِلَ بينهما عَدْلٌ يَقْبِضُ منهما ويُسَلِّمُ إليهما) لأنَّ حَقَّ البائعِ قد تَعَلَّقَ بعَيْنِ الثَّمَنِ ، كما تَعَلَّقَ حَقُّ المُشْتَرِى بعَيْنِ المَبِيعِ ، فاسْتَوَيَا ، وقد وَجَبَ لكُلِّ واحِدٍ منهما على الآخَرِ حَقٌّ قد اسْتَحَقَّ قَبْضَه ، فأُجْبِرَ كُلُّ واحِدٍ منهما على إيفاءِ صاحِبِه حَقَّهُ . وهذا قَوْلُ الثَّوْرِىِّ ، وأحَدُ أقوالِ الشّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ البائِعَ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِ المَبِيعِ أوَّلًا . وهو قَوْلٌ ثانٍ للشَّافِعِىِّ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لما ذَكَرْنا . وقال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ : يُجْبَرُ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثمَنِ ؛ (١) لأنَّ للبائِعِ حَبْسَ المَبيعِ على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، فلم يَكُنْ عليه التَّسْلِيمُ (١) قبلَ الاسْتِيفَاءِ ، كالمُرْتَهِنِ . ولَنا ، أنَّ تَسْلِيمَ المَبيعِ يَتَعَلَّقُ به اسْتِقْرارُ البَيْعِ وتمامُه ، فكان تَقْدِيمُه أَوْلَى ، ويُخالِفُ الرَّهْنَ ، فإنَّه لا يَتَعَلَّقُ به مَصْلَحَةُ عَقْدِ الرَّهْنِ ،

الإنصاف أُسَلِّمُه حتى أَقْبِضَ المَبِيعَ . والثَّمَنُ عَيْنٌ ، جُعِلَ بينَهما عَدْلٌ ، يَقْبِضُ منهما ، ويُسَلِّمُ إليهما . وهذا المذهبُ ، وعليه جُمْهورُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « القواعِدِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، ما يدُلُّ على أنَّ البائعَ يُجْبَرُ على تَسْليمِ المَبِيعِ على الإطْلاقِ . فعلى المذهبِ ؛ يُسَلَّمُ المَبيعُ أوَّلًا ، ثم الثَّمَنُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : بل يُسَلَّمُ إليهما معًا . ونقلَه ابنُ مَنْصُورٍ عن أحمدَ . وقيل : أيُّهما يَلْزَمُه البَداءَةُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ كَانَ دَيْنًا ، أُجْبِرَ الْبَائِعُ عَلَى التَّسْلِيمِ ، ثُمَّ يُجْبَرُ الْمُشْتَرِى عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ حَاضِرًا .

الشرح الكبير

والتَّسْلِيمُ هٰهنا يَتعلَّقُ به مَصْلَحَةُ عَقْدِ البَيْعِ (وإن كان دَيْنًا ، أُجْبِرَ البائِعُ على تَسْلِيمِ المَبِيعِ ، ثم أُجْبِرَ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ) لأَنَّ حَقَّ المُشْتَرِى تَعَلَّقَ بعَيْنِ المَبِيعِ ، وحَقَّ البائِعِ تَعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، وتَقْدِيمُ ما تَعَلَّقَ بالعَيْنِ أَوْلَى ؛ لتَأَكُّدِه ، ولذلك[1] يُقَدَّمُ الدَّيْنُ الذى به الرَّهْنُ على ما فى الذِّمَّةِ ، وكذلك يُقَدَّمُ[2] أَرْشُ الجِنَايَةِ على الدَّيْنِ ؛ لذلك . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُجْبَرُ المُشْتَرِى أَوَّلًا على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، كالمسألةِ قبلها ، وقد [٢٨٨/٣و] ذَكَرْنا ما يَدُلُّ على خِلافِه . إذا ثَبَتَ هذا وأَوْجَبْنا على البائِعِ التَّسْلِيمَ ، فسَلَّمَ ، فإنْ كان المُشْتَرِى مُوسِرًا والثَّمَنُ حاضِرًا ،

الإنصاف

فائدة : مَن قدَر منهما على التَّسْليمِ ، وامْتَنعَ منه ، ضَمِنَه كغاصِبٍ .

قوله : وإنْ كان دَيْنًا – يعْنِى ، فى الذِّمَّةِ حالًّا – أُجْبِرَ البائعُ على التَّسْليمِ ، ثم يُجْبَرُ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ إنْ كان حاضِرًا . يعْنِى ، فى المَجْلِسِ . وهذا المذهبُ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : له حَبْسُه حتى يَقْبِضَ ثَمَنه الحالَّ ، كما لو خافَ فَواتَه . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، واخْتارَه فى « الانْتِصارِ » . قالَه فى « الفُروعِ » ، و « القواعِدِ » . فعلى ما اخْتارَه المُصَنِّفُ ، لو سلَّمَه البائعُ إلى المُشْتَرِى ، لم يَمْلِكْ بعدَ ذلك اسْتِرْجاعَه ، ولا مَنْعَ المُشْتَرِى مِنَ التَّصَرُّفِ فيه . قال فى « القواعِدِ » : وهو خِلافُ ما قالَه القاضى وأصحابُه ، فى مَسْأَلَةِ الحَجْرِ القريبِ .

---

(١) فى ق ، م : « كذلك » .

(٢) فى م : « تقديم » .

المقنع

وَإِنْ كَانَ غَائِبًا بَعِيدًا، أَوِ الْمُشْتَرِى مُعْسِرًا، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ. وَإِنْ كَانَ فِى الْبَلَدِ، حُجِرَ عَلَى الْمُشْتَرِى فِى مَالِه كُلِّه حَتَّى يُسَلِّمَهُ. وَإِنْ كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ قَرِيبًا ، احْتَمَلَ أَنْ يَثْبُتَ لِلْبَائِعِ الْفَسْخُ ، واحْتَمَلَ أَنْ يُحْجَرَ عَلَى الْمُشْتَرِى .

الشرح الكبير

أُجْبِرَ على تَسْلِيمِه (وإنْ كان) الثَّمَنُ (غائِبًا) عن البَلَدِ فى مَسافَةِ القَصْرِ (أو) كان (المُشْتَرِى مُعْسِرًا ، فللبائِعِ الفَسْخُ) لأَنَّ عليه ضَرَرًا فى تَأْخِيرِ الثَّمَنِ ، فكان له الفَسْخُ والرُّجُوعُ فى عَيْنِ مالِه ، كالمُفْلِسِ (وإنْ كان) الثَّمَنُ (فى) بَيْتِه أو (بَلَدِه ، حُجِرَ على المُشْتَرِى فى) المَبيعِ وسائِرِ (مالِه حتى يُسَلِّمَ الثَّمَنَ) لئَلَّا يَتَصَرَّفَ فى مالِه تَصَرُّفًا يَضُرُّ بالبائِعِ (وإن كان غائِبًا عن البلَدِ قريبًا) دونَ مَسافَةِ القَصْرِ (فللبَائِعِ الفَسْخُ) فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَأْخِيرِ الثَّمَنِ ، أَشْبَهَ المُفْلِسَ . والثانى ،

الإنصاف

فائدة : لو كانَ الخِيارُ لهما ، أو لأحَدِهما ، لم يَمْلِكِ البائعُ المُطالَبَةَ بالنَّقْدِ . ذَكَرَه القاضى فى الإجاراتِ مِن « خِلافِه » . وصرَّح به الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » . ولا يَمْلِكُ المُشْتَرِى قَبْضَ المَبيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، بدُونِ إذْنٍ صَريحٍ مِنَ البائعِ . نصَّ على[1] ما قالَه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والأرْبَعِين » .

قوله : وإنْ كان غائبًا بَعِيدًا ، أوِ المشْتَرِى مُعْسِرًا ، فللبائعِ الفَسْخُ . هذا المذهبُ . قطَع به الجُمْهورُ ، منهم صاحِبُ « الفُروعِ » . وقيل : له الفَسْخُ مع إعْسارِه فقط ، أو يَصْبِرُ مع الحَجْرِ عليه . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وقال : ويَحْتَمِلُ أنْ يُباعَ المَبِيعُ . وقيل : وغيرُه مِن مالِه ، فى وَفاءِ ثَمَنِه إذا تَعَذَّرَ لإعْسارٍ أو بُعْدٍ .

---

(١) فى الأصل ، ط : « عليه » .

الشرح الكبير

لا يَثْبُتُ له خِيارُ الفَسْخِ ؛ لأَنَّه كالحاضِرِ . فعلى هذا ، يُحْجَرُ على المُشْتَرِى ، كما لو كان فى البَلَدِ . وهذا كُلُّه مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقال شَيْخُنا[1] : ويَقْوَى عِنْدى أنَّه لا يَجِبُ على البائعِ تَسْلِيمُ المَبِيعِ حتى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ويَتَمَكَّنَ مِن تَسْلِيمِه ؛ لأنَّ البائعَ إنَّما رَضِىَ بِبَذْلِ المَبِيعِ بالثَّمَنِ ، فلا يَلْزَمُه دَفْعُه قبلَ حُصُولِ عِوَضِه ، ولأَنَّ المُتَعاقِدَيْنِ سَواءٌ فى المُعاوَضَةِ ، فيَسْتَوِيانِ فى التَّسْلِيمِ . وإنَّما يُؤَثِّرُ ما [2]ذَكَره فى التَّرْجِيحِ[2] فى تَقْدِيمِ التَّسْلِيمِ مع حُضُورِ العِوَضِ الآخَرِ ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ فيه ، أمّا مع الخَطَرِ[3] المُحْوِجِ إلى الحَجْرِ ، أو المُجَوِّزِ الفَسْخَ ، فلا يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ . ولأَنَّ شَرْعَ الحَجْرِ لا يَنْدَفِعُ به الضَّرَرُ ؛ لأَنَّه يَقِفُ على الحاكِمِ ، ويَتَعَذَّرُ ذلك فى الغالِبِ . ولأنَّ ما أَثْبَتَ الحَجْرَ والفَسْخَ بعدَ التَّسْلِيمِ ،

الإنصاف

تنبيه : قد يُقالُ : ظاهِرُ قَوْلِه : والمُشْتَرِى مُعْسِرًا . أنَّه سواءٌ كان مُعْسِرًا به كلِّه ، أو ببَعضِه . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : لابُدَّ أنْ يكونَ مُعْسِرًا به كلِّه . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ » .

فائدة : لو أحْضَرَ نِصْفَ الثَّمَنِ ، فهل يأْخُذُ المَبِيعَ كلَّه أو نِصْفَه ؟ أَوْ لا يأْخُذُ شيئًا حتى يَزِنَ الباقِىَ ؟ أو يفْسَخُ البَيْعَ ويَرُدُّ ما أخَذَه ؟ قال فى « الرِّعايَةِ » : يَحْتَمِلُ أَوْجُهًا . وقيل : نَقْدُ بعضِ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ الفَسْخَ . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : وإنْ أحْضَرَ نِصْفَ ثَمَنِه ، فقيل : يأْخُذُ المَبِيعَ . وقيل : نِصْفَه . وقيل : لا يَسْتَحِقُّ

---

(1) فى : المغنى ٦/٢٨٧ .

(٢ - ٢) فى ر ١ : « ذكرنا من الرد » .

(3) فى م : « الحظر » .

الشرح الكبير

أوْلَى أنْ يَمْنَعَ التَّسْلِيمَ ؛ لأنَّ المَنْعَ أسْهَلُ مِن الرَّفْعِ ، والمَنْعُ قبلَ التَّسْلِيمِ أسْهَلُ مِن المَنْعِ بَعْدَه ، ولذلك مَلَكَتِ المَرْأةُ مَنْعَ نَفْسِها مِن التَّسْلِيمِ قبلَ قَبْضِ صَداقِها ، ولم تَمْلِكْه بعدَ التَّسْلِيمِ ، على أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : له الفَسْخُ . فإنَّه يَفْسَخُ بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه فَسْخٌ للبَيْعِ لتَعَذُّرِ ثَمَنِه ، فمَلَكَهُ البائِعُ ، كالفَسْخِ فى عَيْنِ مالِه إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى . وكُلُّ مَوْضِعٍ قلنا : يُحْجَرُ عليه . فذلك إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّ وِلايَةَ الحَجْرِ إليه .

فصل : فإن هَرَبَ المُشْتَرِى قَبْلَ وَزْنِ الثَّمَنِ ، وهو مُعْسِرٌ ، فللبَائِعِ الفَسْخُ فى الحالِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الفَسْخَ مع حُضُورِه ، فمَعَ هَرَبِه أوْلَى . وإن كانَ مُوسِرًا ، أثْبَتَ البائِعُ ذلك عند الحاكِمِ ، ثم إنْ وَجَدَ الحاكِمُ له مالًا قضاه ، وإلَّا باعَ المَبِيعَ ، وقَضَى ثَمَنَه منه ، وما فَضَلَ فللمُشْتَرِى ، وإنْ أعْوَزَ ، ففى ذِمَّتِه . قال شَيْخُنا[1] : ويَقْوَى عِنْدِى أنّ للبائِعِ الفَسْخَ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّا أبَحْنَا له الفَسْخَ مع حُضُورِه إذا كان الثَّمَنُ بَعِيدًا عن البَلَدِ ؛ للضَّرَرِ فى التَّأْخِيرِ ، فهٰهنا مع العَجْزِ عن الاسْتِيفاءِ بكُلِّ حالٍ أوْلَى . ولا

الإنصاف

مُطَالَبَةً بثَمَنٍ ومُثَمَّنٍ مع خِيارِ شَرْطٍ . انتهى . قلتُ : أمَّا أخْذُ المَبِيعِ كلِّه ، ففيه ضَرَرٌ على البائعِ ، وكذا أخْذُ نِصْفِه ؛ للتَّشْقِيصِ ، فالأظْهَرُ ، أنَّه لا يأْخُذُ شيئًا مِنَ المَبِيعِ حتى يأْتِىَ بجميعِ الثَّمَنِ . قال فى « الفُروعِ » : ومِثْلُه المُؤْجِرُ بالنَّقْدِ فى الحالِّ .

تنبيه : مفْهومُ قَوْلِه : والمُشْتَرِى مُعْسِرًا . أنَّه لو كان مُوسِرًا مُماطِلًا ، ليسَ له

(١) فى : المغنى ٦/٢٨٨ .

الشرح الكبير

يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بِرَفْعِ الأَمْرِ إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّه قد يَعْجِزُ عن إثْبَاتِه عِنْدَه ، وقد يكونُ المَبِيعُ فى مكانٍ لا حاكِمَ فيه ، والغالِبُ أنَّه لا يَحْضُرُه مَنْ يَعْرِفُه الحاكِمُ بالعَدَالَةِ ، فإحالَتُه على هذا تَضْيِيعٌ لمالِه . وهذه الفُرُوعُ تُقَوِّى ما ذَكَرْتُه ، من أنَّ للبائِعِ مَنْعَ المُشْتَرِى [٣/٢٨٨ظ] مِن قَبْضِ المَبِيعِ قبلَ إحْضارِ ثَمَنِه ؛ لما فى ذلك من الضَّرَرِ .

فصل : وليس للبَائِعِ الامْتِنَاعُ مِن تَسْلِيمِ المَبِيعِ بعد قَبْضِ الثَّمَنِ

الإنصاف

الفَسْخُ . (1)وهو الصَّحيحُ فى الحالِّ ، وهو المذهبُ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ ؛ فإنَّه قال : له الفَسْخُ(1) . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

قوله : وإنْ كان فى البَلَدِ ، حُجِرَ على المُشْتَرِى فى مالِه كُلِّه ، حتى يُسَلِّمَه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : له الفَسْخُ .

قوله : وإنْ كان غائبًا عن البَلَدِ قَرِيبًا ، احْتَمَل أنْ يَثْبُتَ للبائعِ الفَسْخُ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهادِى » . واحْتَمَلَ أنْ يُحْجَرَ على المُشْتَرِى مِن غيرِ فَسْخٍ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » [٢/ ٨٨ظ] ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ المَبِيعَ لا يُحْبَسُ عنِ المُشْتَرِى . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يَحْبِسُه إلى

(١ – ١) زيادة من : ش .

المقنع

وَيَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْخُلْفِ فِى الصِّفَةِ ، وَتَغَيُّرِ مَا تَقَدَّمَتْ رُؤْيَتُهُ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

الشرح الكبير

لأَجْلِ الاسْتِبْراءِ . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ فى القَبِيحَةِ . وقال فى الجَمِيلَةِ : يَضَعُها على يَدَىْ عَدْلٍ حتى تُسْتَبْرَأَ ؛ لأَنَّ التُّهْمَةَ تَلْحَقُه فيها ، فمُنِعَ منها . ولَنا ، أنَّه بَيْعُ عَيْنٍ لا خِيارَ فيها[1] ، قد قَبَضَ ثَمَنَها ، فوَجَبَ تَسْلِيمُها ، كسائِرِ المَبِيعاتِ ، وما ذَكَرَه مِن التُّهْمَةِ لا يُمَكِّنُه مِن المَنْعِ ، كالقَبِيحَةِ . ولأَنَّه إنْ كان اسْتَبْرَأَها قبلَ بَيْعِها ، فاحْتِمالُ وُجُودِ الحَمْلِ منها بَعِيدٌ نادِرٌ ، وإن كان لم يَسْتَبْرِئْها ، فهو الذى تَرَكَ التَّحَفُّظَ لنَفْسِه . ولو طالَبَ المُشْتَرِى البائِعَ بكَفِيلٍ ، لئَلَّا تَظْهَرَ حامِلًا ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأَنَّه تَرَكَ التَّحَفُّظَ لنَفْسِه حالَ العَقْدِ ، فلم يَكُنْ له كَفِيلٌ ، كما لو طالَبَ كَفِيلًا بالثَّمَنِ المُؤَجَّلِ .

١٦٦٧ – مسألة : (ويَثْبُتُ الخِيارُ للخُلْفِ فى الصِّفَةِ ، وتَغَيُّرِ ما تَقَدَّمَتْ رُؤْيَتُه . وقد ذَكَرْناهُ) فى الفَصْلِ السادِسِ[2] ، مِن كتابِ البَيْعِ ، بما يُغْنِى عن إعادَتِه .

الإنصاف

أجْلِه . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » ، و « الوَجيزِ » . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الشَّيْخُ . يعَنِى به المُصَنِّفَ . الثّانيةُ ، مِثْلُ البائعِ – فى هذه الأحْكامِ – المُؤْجِرُ بالنَّقْدِ فى الحالِّ . قالَه فى « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما .

---

(١) فى ق : « فيه » .

(٢) انظر ما تقدم فى صفحة ٩٤ .

المقنع

فصلٌ : وَمَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ حَتَّى يَقْبِضَه . وَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يُتْلِفَهُ آدَمِيٌّ ، فَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِى بَيْنَ فَسْخِ الْعَقْدِ ، وَبَيْنَ إِمْضَائِهِ وَمُطَالَبَةِ مُتْلِفِهِ ببَدَلِهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ومَن اشْتَرَى مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، لم يَجُزْ بَيْعُهُ حتى يَقْبِضَه . وإن تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فهو مِن مالِ البائعِ ، إلَّا أنْ يُتْلِفَه آدَمِىٌّ ، فيُخَيَّرُ المُشْتَرِى بينَ فَسْخِ العَقْدِ ، وإمْضَائِه ومُطَالَبَةِ مُتْلِفِه ببَدَلِه) وعنه ، فى الصُّبْرَةِ المُتَعَيِّنَةِ أنّه يَجُوزُ بَيْعُها قبلَ قَبْضِها ، وإن تَلِفَتْ ، فهى مِن ضَمانِ المُشْتَرِى . ظاهِرُ المَذْهَبِ ، أنَّ المَكِيلَ والمَوْزُونَ لا يَدْخُلُ فى ضمانِ المُشْتَرِى إلَّا بقَبْضِه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ وكذلك قال فى المَعْدُودِ ، سواءٌ كان مُتَعَيِّنًا كالصُّبْرَةِ ، أو غيرَ مُتَعَيِّنٍ كقَفِيزٍ منها . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . ونحوُه قولُ إسحاقَ . ورُوِىَ عن عثمانَ بنِ عَفّانَ ، وسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحَسَنِ ، والحَكَمِ ، وحَمّادِ بنِ أبِى سُلَيْمانَ ، أنَّ كُلَّ ما بِيعَ على الكَيْلِ والوَزْنِ لا يَجُوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، وما ليس بمَكِيلٍ

الإنصاف

تنبيهات ؛ الأوَّلُ ، ظاهِرُ قوْلِه : ومَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا أو مَوْزُونًا . أنَّه سواءٌ كان مَطْعومًا أو غيرَ مَطْعومٍ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، مَحَلُّ ذلك ، إذا كان مَطْعومًا ، مَكِيلًا أو مَوْزُونًا . وعنه ، مَحَلُّ ذلك فى المَطْعومِ ، سواءٌ كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، أوْ لا . الثَّانى ، أناطَ المُصَنِّفُ - رَحِمَهُ اللهُ - الأحْكامَ بما يُكالُ ويُوزَنُ ، لا بما بِيعَ بكَيْلٍ أو وَزْنٍ ، فدَخَل - فى قوْلِه : ومَنِ اشْتَرَى مَكِيلًا أو مَوْزُونًا - الصُّبْرَةُ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهى طرِيقَةُ الخِرَقِىِّ ، والمُصَنِّفِ ،

الشرح الكبير

ولا مَوْزُونٍ يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه . وقال القاضِى وأصحابُه : المرادُ بالمَكِيلِ والمَوْزُونِ والمَعْدُودِ ، ما ليس بمُتَعَيِّنٍ ، كالقَفِيزِ مِن صُبْرَةٍ ، والرَّطْلِ من زُبْرَةٍ[1] ، فأمّا المُتعَيِّنُ فيَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى ، كالصُّبْرَةِ يَبِيعُها مِن غيرِ تَسْمِيَةِ كَيْلٍ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ نحوُ ذلك ، فإنَّه قال فى رِوَايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ اشْتَرَى طَعامًا ، فطَلَبَ مَن يَحْمِلُه ، فرَجَعَ وقد احْتَرَقَ : فهو من مالِ المُشْتَرِى . وذكَرَ الجُوزْجَانِىُّ عنه فى مَن اشْتَرَى ما فى السَّفِينَةِ صُبْرَةً ، ولم يُسَمِّ كَيْلًا : فلا بأْسَ أنْ يَشْتَرِكَ فيها ، ويَبِيعَ ما شاءَ ، إلَّا أنْ يكونَ بينهما كَيْلٌ ، فلا يُوَلِّى حتى يُكَالَ عليه . ونحوَ هذا قال مالِكٌ ، فإنّه قال فيما بِيعَ من الطّعامِ مُكَايَلَةً أو مُوازَنَةً : لم يَجُزْ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه . وما بِيعَ مُجازَفَةً ، أو بِيعَ من غيرِ الطّعامِ مُكَايَلَةً أو مُوازَنَةً : جازَ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه . وَوَجْهُ ذلك ، [٢٨٩/٣و] ما رَوَى الأَوْزَاعِىُّ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن حَمْزَةَ بنِ عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، أنّه سَمِعَ عبدَ اللهِ بنَ عمرَ يقولُ : مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّ ما أدْرَكَتْه الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو مِن مالِ

الإنصاف

والشَّارِحِ . ونَصرَه القاضى ، وأصحابُه . وذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ظاهِرَ المذهبِ . (٢ وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ٢) . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الحُكْمَ مَنُوطٌ بذلك ، إذا بِيعَ بالكَيْلِ أوِ الوَزْنِ ، لا بما بِيعَ مِن ذلك جُزافًا ، كالصُّبْرَةِ المُتَعَيِّنَةِ . وهى طَرِيقَةُ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، وصاحِبِ « الفُروعِ » ،

---

(١) فى م : « زبدة » . والزبرة : القطعة الضخمة .

(٢ – ٢) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

المُبْتَاعِ . رَواهُ البُخارِىُّ[1] عن ابنِ عمرَ ، مِن قولِه ، تَعْلِيقًا . وقَوْلُ الصَّحابِىِّ : مَضَتِ السُّنَّةُ . يَقْتَضِى سُنَّةَ النَّبِىِّ ﷺ . ولأنَّ المَبِيعَ المُعَيَّنَ لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، فكانَ مِن مالِ المُشْتَرِى ، كغيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، أنَّ المَطْعُومَ لا يَجُوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، سواءٌ كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، أو لم يَكُنْ . فعَلَى هذا ، يَخْتَصُّ ذلك بالمَطْعُومِ فى أنَّه لا يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى إلَّا بقَبْضِه ، فإنَّ التِّرْمِذِىَّ رَوَى عن أحمدَ أنَّه أرْخَصَ فى بَيْعِ ما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ ممّا لا يُؤْكَلُ ولا يُشْرَبُ قبلَ قَبْضِه . وقال الأَثْرَمُ : سَأَلْتُ أبا عَبدِ اللهِ عن قَوْلِه : نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ[2] . قال : هذا فى الطَّعَامِ وما أَشْبَهَه مِن مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فلا يَبِيعُه حتى يَقْبِضَه . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ[3] : الأَصَحُّ عن أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ أنَّ الذى يُمْنَعُ مِن بَيْعِه قبلَ قَبْضِه هو الطَّعامُ . وذلك لأنَّ

الإنصاف

وقال : هذا المذهبُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذه الرِّوايَةُ أشْهَرُ . وهى اخْتِيارُ أكثرِ الأصحابِ ، وهى الرِّوايَةُ التى ذكَرَها المُصَنِّفُ بقَوْلِه : وعنه فى الصُّبْرَةِ المُتَعَيِّنَةِ ، أنَّه يجوزُ بَيْعُها قبلَ قَبْضِها ، وإنْ تلِفَتْ ، فهى مِن ضَمانِ المُشْتَرِى . وأطْلَقهما فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . الثَّالثُ ، فى اقْتِصارِ المُصَنِّفِ على المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، إشْعارٌ بأنَّ غيرَهما ليس مِثْلَهما فى الحُكْمِ ، ولو كان مَعْدُودًا ، أو مَذْرُوعًا . وقد صرَّح به فى قَوْلِه : وما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ ، يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه . وهو وَجْهٌ .

---

(1) فى : باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع ، أو مات قبل أن يقبض ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٠ . ووصله الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/ ٥٤ .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .

(3) انظر الاستذكار ٢٠/ ١٥٣ ، ١٥٤ .

الشرح الكبير

النَّبِىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه[1] . فمَفْهُومُه إباحَةُ بَيْعِ ما سِواهُ قبلَ قَبْضِه . ورَوَى ابنُ عمرَ ، قال : رَأَيْتُ الذين يَشْتَرُونَ الطَّعامَ مُجازَفَةً يُضْرَبُونَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنْ يَبِيعُوه حتى يُؤْوُوهُ إلى رِحالِهم . وهذا نَصٌّ فى بَيْعِ المُعَيَّنِ . وعُمُومُ قولِه عليه السَّلامُ : « مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فلا يَبِيعُه حتى يَسْتَوْفِيَه » . مُتَّفَقٌ عليهما[2] . ولمُسْلِمٍ[3] ،

الإنصاف

قدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وظاهِرُ المذهبِ ، أنَّ المَعْدُودَ كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وقال : لا تخْتَلِفُ الرِّوايَةُ

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٨٩ ، ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٠ . وأبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/٢٥٢ . والنسائى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥١ ، ٢٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب بيع العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٤٠ .

(٢) الأول تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٢ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الكيل على البائع والمعطى ، وباب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٨٨ - ٩٠ . ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٥٩ ، ١١٦٢ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥١ ، ٢٥٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٩١ . والنسائى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٥١ ، ٢٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٩ . والإمام مالك ، فى : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٢ ، ٥٩ ، ٦٤ ، ٧٣ ، ٧٩ ، ١٠٨ ، ١١١ ، ٣/٣٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى المتفق عليه فى صفحة ١٤٢ .

الشرح الكبير

عن ابنِ عمرَ ، قال : كُنّا نَشْتَرِى الطَّعامَ مِن الرُّكْبانِ جُزَافًا ، فَنهانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ أنْ نَبيعَه حتى نَنْقُلَه مِن مكانِه . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على أنَّ مَن اشْتَرَى طَعامًا فليس له أنْ يَبِيعَه حتى يَسْتَوْفِيَه ، ولو دَخَلَ فى ضَمانِ المُشْتَرِى ، جازَ له[1] بَيْعُه والتَّصرُّفُ فيه ، كما بعدَ قَبْضِه . وهذا يَدُلُّ على تَعْمِيمِ المَنْعِ فى كُلِّ طَعَامٍ ، مع تَنْصِيصِه على البَيْعِ مُجازَفَةً بالمَنْعِ ، وهو خِلافُ قَوْلِ القاضِى وأصْحابِه ، ويَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّ ما عَدا الطَّعامَ يُخالِفُه فى ذلك .

فصل : وكُلُّ ما لا يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى إلَّا بقَبْضِه ، لا يَجُوزُ له بَيْعُه حتى يَقْبِضَه . وقد ذَكَرْنا ذلك ، وذَكَرْنا الذى يَحْتَاجُ إلى قَبْضٍ ، والخِلافَ فيه ، لِما ذَكَرْنَا مِن الأحادِيثِ . ولأنَّه مِن ضَمانِ بائِعِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالسَّلَمِ ، ولم نَعْلَمْ بينَ أهْلِ العِلْمِ فى ذلك خِلافًا ، إلَّا ما

الإنصاف

فيه . والمَشْهُورُ فى المذهبِ ، أنَّ المَذْرُوعَ كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقطَع به فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، وغيرِهم .

قوله : لم يَجُزْ بَيْعُه حتى يَقْبِضَه . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ بَيْعُه لبائعِه . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وجوَّز التَّوْلِيَةَ فيه والشَّرِكَةَ ، وخرَّجه مِن بَيْعِ دَيْنٍ . والمذهبُ خِلافُ ذلك ، وعليه الأصحابُ .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : لم يَجُزْ بَيْعُه . أنَّه ملكَه بالعَقْدِ ، ولكِنْ هو مَمنُوعٌ مِن بَيْعِه قبلَ قَبْضِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . نقَلَه ابنُ مُشَيْشٍ وغيرُه ، وعليه

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

حُكِيَ عن البَتِّيِّ أنَّه قال[1] : لا بَأْسَ بِبَيْعِ كُلِّ شيءٍ قبلَ قَبْضِه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[2] : وهذا قَوْلٌ مَرْدُودٌ بالسُّنَّةِ والحُجَّةِ المُجْمِعَةِ على الطَّعامِ ، وأَظُنُّه لم يَبْلُغْه الحَدِيثُ ، ومثلُ هذا لا يُلْتَفَتُ إليه .

فصل : والمَبِيعُ بصِفَةٍ ، أو برُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ ، مِن ضمانِ البائعِ حتى يَقْبِضَه المُبْتاعُ ، فعلى هذا ، لا يَجُوزُ بَيْعُه [٢٨٩/٣ظ] قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، فجَرَى مَجْرَى المَكِيلِ والمَوْزُونِ .

الإنصاف

الأصحابُ ، وحكَاه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ إجْماعًا . وذكَر فى « الانْتِصارِ » روايةً ؛ أنَّه لا يَمْلِكُه بالعَقْدِ . ذكَرَها فى مَسْأَلَةِ نَقْلِ المِلْكِ زمَنَ الخِيارِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، مِلْكُ البائعِ فيه قائمٌ حتى يُوَفِّيَه المُشْتَرِى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يَلْزَمُ البَيْعُ بالعَقْدِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيلَ فى قَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلٍ مِن زُبْرَةٍ : لا يَلْزَمُ إلَّا بقَبْضِه . وقال القاضى فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه : ما يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، لا يَلْزَمُ إلَّا بقَبْضِه . ذكَرَه الزَّرْكَشِيُّ . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : يَلْزَمُ البَيْعُ بكَيْلِه ووَزْنِه . ولهذا نقولُ : لكُلِّ واحدٍ منهما الفَسْخُ بغيرِ اخْتِيارِ الآخَرِ ، ما لم يَكِيلا أو يَزِنا . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . قال : فيَتَّجِهُ إذَنْ فى نَقْلِ المِلْكِ رِوايَتا الخِيارِ . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : ولا يُحِيلُ به قبلَه . وقال : غيرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ كهُما ، فى رِوايَةٍ . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على ذلك أوَّلَ البابِ ، عندَ قولِه : ولكُلِّ واحدٍ مِنَ المُتَبايِعَيْن الخِيارُ ما لم يتفرَّقا بأبْدانِهما . الثَّانيةُ ، المَبِيعُ برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ ، مِن ضَمانِ

---

(١) زيادة من : ر ١ .

(٢) انظر الاستذكار ١٥٦/٢٠ .

الشرح الكبير

فصل : وما يَحْتَاجُ إلى القَبْضِ إذا تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فهو مِن ضَمانِ البائعِ . فإنْ تَلِفَ بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ ، بَطَلَ العَقْدُ ، ورَجَعَ المُشْتَرِى بالثمنِ وإن تَلِفَ[1] بفِعْلِ المُشْتَرِى ، اسْتَقَرَّ عليه الثمَنُ ، وكان كالقَبْضِ ؛ لأنَّه تصَرَّفَ فيه . وإن أَتْلَفَه أجْنَبِىٌّ ، لم يَبْطُلِ العَقْدُ ، على قِياسِ قَوْلِه فى الجائِحَةِ ، ويَثْبُتُ للمُشْتَرِى الخِيَارُ بينَ الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ ؛ لأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ فى يَدِ البائعِ ، فهو كحُدُوثِ العَيْبِ فى يَدِه ، وبين البَقاءِ على العَقْدِ ومُطَالَبَةِ المُتْلِفِ بالمِثْلِ إنْ كان مِثْلِيًّا ، وبالقِيمَةِ إنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا .

الإنصاف

البائعِ ، حتى يَقْبِضَه المُشْتَرِى ، ولا يجوزُ للمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، أو غيرَهما .

تنبيه : ظاهِرُ قوله : لم يَجُزْ بَيْعُه حتى يَقْبِضَه . جَوازُ التَّصَرُّفِ فيه بغيرِ البَيْعِ . وهو اخْتِيارُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ ، وتقدَّم أنَّه اخْتارَ جَوازَ بَيْعِه لبائعِه ، وجَوازَ التَّوْلِيَةِ فيه ، والشَّرِكَةِ ، وهنا مَسَائِلُ ؛ منها ، العِتْقُ . ويَصِحُّ ، رِوايَةً واحدَةً . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : إجْماعًا . ومنها ، رَهْنُه وهِبَتُه بلا عِوَضٍ ، بعدَ قَبْضِ ثَمَنِه . وفى جَوازِها وَجْهان . وأطْلَقَهما[٢/٨٩و] فى « الفُروعِ » . ظاهِرُ ما قطَع به المُصَنِّفُ فى بابِ الرَّهْنِ ، عدَمُ جَوازِ رَهْنِه ؛ حيثُ قال : ويجوزُ رَهْنُ المَبِيعِ غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، قبلَ قَبْضِه . قال فى « التَّلْخِيصِ » : ذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه لا يصِحُّ رَهْنُه . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والخَمْسِين » : قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ : لا يجوزُ رَهْنُه ، ولا هِبَتُه ، ولا إجارَتُه قبلَ القَبْضِ ، كالبَيْعِ . ثم ذكَر فى الرَّهْنِ – [2]وهو ظاهِرُ كلامِه فى المُرْتَهَنِ[2] – عن

---

(١) فى الأصل ، م : « بان » .

(٢ – ٢) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

وبهذا قال الشّافِعِيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا . وإنْ أَتْلَفَه البائِعُ ، فقال أَصْحَابُنا : الحُكْمُ فيه كما لو أَتْلَفه أَجْنَبِيٌّ . وقال الشّافِعِيُّ : يَنْفَسِخُ العَقْدُ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى بالثَّمنِ لا غيرُ ؛ لأَنَّه تَلَفٌ يَضْمَنُه به البائِعُ ، أَشْبَهَ تَلَفه بفِعْلِ اللهِ تَعالَى . وفَرَّقَ أَصْحَابُنا بينهما ؛ لكَوْنِه إذا تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تَعالَى ، لم يُوجَدْ مُقْتَضٍ لِلضَّمَانِ سِوَى حُكْمِ العَقْدِ ، بخِلافِ ما إذا أَتْلَفَه ، فإنَّ إتْلافَه يَقْتَضِى الضّمانَ بالمِثْلِ ، وحُكْمَ العَقْدِ يَقْتَضِى الضّمانَ بالثَّمنِ ، فكانتِ الخِيَرَةُ إلى المُشْتَرِى فى التَّضْمِينِ بأيِّهما شاءَ .

الإنصاف

الأصحابِ ، أنَّه يصِحُّ رَهْنُه قبلَ قَبْضِه . انتهى . وقطَع فى « الحاوِى الكَبِيرِ » ، أنَّه لا يصِحُّ رَهْنُه ولا هِبَتُه . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فى هذا البابِ . واخْتارَ القاضى الجَوازَ فيهما . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال فى « التَّلْخيصِ » أيضًا : وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، إنْ كان الثَّمَنُ قد قُبِضَ ، صحَّ رَهْنُه وتقدَّم كلامُهما فيما نقَلاه عن الأصحابِ . وللأصحابِ وَجْهٌ آخَرُ ، بجَوازِ رَهْنِه على غيرِ ثَمَنِه . قالَه فى « القَواعِدِ » وغيرِه . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم ، صِحَّةَ رَهْنِه . وصحَّحه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » . ذكَرُوا ذلك فى بابِ الرَّهْنِ . ويأْتِى هناك بأَتَمَّ مِن هذا . ومنها ، الإجارَةُ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لا تصِحُّ مُطْلَقًا . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يَصِحُّ مِن بائعِه . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ومنها ، الوَصِيَّةُ به ، والخُلْعُ عليه . فجَوَّزه أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وفى طَريقةِ بعضِ أصحابِنا ، يصِحُّ تَزْوِيجُه به . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والخَمْسِين » : ومِنَ

الشرح الكبير

فصل : وإنْ تعَيَّبَ فى يَدِ البائعِ ، أو تَلِفَ بَعْضُه بأمْرٍ سَماوِىٍّ ، فالمُشْتَرِى مُخيَّرٌ بينَ أَخْذِه ناقِصًا ولا شىءَ له ، وبينَ فَسْخِ العَقْدِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ ؛ لأنَّه إنْ رَضِيَه مَعِيبًا ، فكأنَّه اشْتَرَى مَعِيبًا عالِمًا بعَيْبِه ، لا يَسْتَحِقُّ شيئًا مِن أَجْلِ العَيْبِ . وإنْ فَسَخَ العَقْدَ ، لم يكُنْ له أكْثَرُ مِن الثَّمَنِ ؛ لأنَّه لو تَلِفَ المَبِيعُ كُلُّه ، لم يَكُنْ له أكْثَرُ مِن الثَّمَنِ ، فإذا تَعَيَّبَ أو تَلِفَ بَعْضُه ،

الإنصاف

الأصحابِ مَن قطَع بجَوازِ جَعْلِه مَهْرًا ؛ مُعَلِّلًا بأنَّ ذلك غَرَرٌ يَسِيرٌ ، فيُغْتَفَرُ فى الصَّداقِ . ومنهم المَجْدُ . انتهى . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يصِحُّ جَعْلُه مَهْرًا . واخْتارَ أيضًا جَوازَ التَّصَرُّفِ فيه بغيرِ بَيْعٍ . وظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِ –وصرَّح به كثيرٌ منهم– عدَمُ الجَوازِ .

قوله : وإنْ تَلِفَ قبلَ قَبْضِه فهو مِن مالِ البائعِ . اعلمْ أنَّه إذا تَلِفَ كلُّه ، وكان بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ ، انْفَسخَ العَقْدُ ، وكان مِن ضَمانِ بائعِه . وكذا إنْ تَلِفَ بعضُه ، لكِنْ هل يُخَيَّرُ المُشْتَرِى فى باقِيه ، أو يَفْسَخُ ؟ فيه رِوايَتا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وقد تقدَّم المذهبُ منهما . قال الزَّرْكَشِىُّ . ظاهِرُ كلامِ أبى محمدٍ ، أنَّه يُخَيَّرُ بينَ قَبُولِ المَبِيعِ[1] ناقِصًا ولا شىءَ له ، وبينَ الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ . فظاهِرُ كلامِ غيرِه ، أنَّ التَّخْيِيرَ فى الباقِى ، وأنَّ التَّالِفَ يُسْقِطُ ما قابلَه مِنَ الثَّمَنِ . انتهى . وفى العَيْبِ بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ ، فيَتَعَيَّنُ ما قالَه المُصَنِّفُ فى تَلَفِ البعضِ بآفَةٍ سَماوِيَّةٍ .

قوله : إلَّا أنْ يُتْلِفَه آدَمِىٌّ ، فيُخَيَّرَ المُشْتَرِى بينَ فَسْخِ العَقْدِ ، وبينَ إمْضائِه ، ومُطالَبَةِ مُتْلِفِه بالقِيمَةِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : قالَه أصحابُنا . وقيل :

---

(١) فى الأصل ، ط : « البيع »

الشرح الكبير

(١كان أوْلَى . وإن تَعيَّبَ بفِعْلِ المُشْتَرِى ، أو تَلِفَ بعضُه١) ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ لذلك ؛ لأنَّه أتْلَفَ مِلْكَه ، فلم يَرْجِعْ على غيرِه . وإن كانَ بِفِعْلِ البائعِ ، فقِيَاسُ قَوْلِ أصْحابِنا ، أنَّ المُشْتَرِىَ مُخَيَّرٌ بينَ الفَسْخِ والرُّجوعِ بالثَّمَنِ ، وبينَ أخْذِهِ والرُّجوعِ على البائعِ بِعوَضِ ما أتْلَفَ أو عَيَّبَ . وقياسُ قَوْلِ الشّافِعِىِّ ، أنه بمَنْزِلَةِ ما لو تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تَعالَى . وإنْ كان بفِعْلِ أجْنَبِىٍّ ، فله الفَسْخُ والمُطَالَبَةُ بالثَّمَنِ ، وأَخْذُ المَبيعِ ومُطَالَبَةُ الأَجْنَبِىِّ بِعِوَضِ ما أتْلَفَ .

فصل : ولو باعَ شاةً بشَعِيرٍ ، فأَكَلَتْه قبلَ قَبْضِه ، فإنْ كانت فى يَدِ

الإنصاف

إنْ أتْلَفه بائعُه ، انْفَسخَ العَقْدُ . وهو احْتِمالٌ فى « الكافِى » . قال الزَّرْكَشِىُّ : قد يُقالُ : إنَّ إطْلاقَ الخِرَقِىِّ بُطْلانُ العَقْدِ مُطْلَقًا . وظاهِرُ ماروَى إسماعِيلُ بنُ سَعِيدٍ : إذا كان التَّلَفُ مِن جِهَةِ البائعِ ، لا يَبْطُلُ العَقْدُ ، ولا يُخَيَّرُ المُشْتَرِى . انتهى .

تنبيه : قَوْلُه : ومُطَالَبَةِ مُتْلِفِه بالقِيمَةِ . وكذا قال كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : ومُرادُهم - إلَّا « المُحَرَّرِ » - بقَوْلِهم : بقِيمَتِه . ببَدَلِه . وقد نَقَل الشَّالَنْجِىُّ ، يُطالَبُ مُتْلِفُه فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ بمِثْلِه .

فوائد ؛ منها ، لو خلَطَه بما لم يتَمَيَّزْ ، فهل يَنْفَسِخُ العَقْدُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، ينْفَسِخُ العَقْدُ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . والثَّانى ، لا ينْفَسِخُ . وقال فى « الفائقِ » : والمُخْتارُ ثُبوتُ الخِيَرَةِ فى فَسْخِه . ولعَلَّ الخِلافَ مَبْنِىٌّ على أنَّ الخَلْطَ ؛ هل هو اشْتِراكٌ أو إهْلاكٌ ؟ على ما يأْتِى فى كلامِ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المُشْتَرِى ، فهو كما لو أتْلَفَه ، وإن كانَتْ فى يَدِ البائعِ ، فهو كإتْلافِه ، وكذلك إنْ كانت فى يَدِ أجْنَبِىٍّ ، فهو كإتْلَافِه . وإن لم تكُنْ فى يَدِ أحَدٍ ، انْفَسَخ البَيْعُ ؛ لأنَّ المَبِيعَ هَلَكَ قبلَ قَبْضِه بأمْرٍ لا يُنْسَبُ إلى آدَمِىٍّ ، فهو كتَلَفِه بفِعْلِ اللهِ تعالَى .

فصل : ولو اشْتَرَى شاةً أو عَبْدًا أو شِقْصًا بطعامٍ ، فَقَبَضَ الشّاةَ أو العَبْدَ و باعَهُما ، أو أُخِذَ الشِّقْصُ بالشُّفْعَةِ ، ثم تَلِفَ الطّعامُ قبلَ قَبْضِه ، انْفَسَخَ [٢٩٠/٣و] الأَوَّلُ دونَ الثانِى ، ولا يَبْطُلُ الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأَنَّه كَمَلَ قَبْلَ فَسْخِ العَقْدِ ، ويَرْجِعُ مُشْتَرِى الطّعامِ على مُشْتَرِى الشّاةِ أو العَبْدِ أو الشِّقْصِ بقِيمةِ ذلك ؛ لتعَذُّرِ رَدِّه ، وعلى الشَّفِيعِ مثلُ الطّعامِ ؛ لأَنَّه عِوَضُ الشِّقْصِ .

الإنصاف

المُصَنِّفِ فى الغَصْبِ . ومنها ، لو اشْتَرَى شاةً بشَعِيرٍ ، فأكَلَتْه قبلَ القَبْضِ ؛ فإنْ لم تكُنْ بيَدِ أحَدٍ ، انْفَسَخَ العَقْدُ ، كالسَّماوِىِّ ، وإنْ كانتْ بيَدِ المُشْتَرِى ، أو البائعِ ، أو أجْنَبِىٍّ ، فمِن ضَمانِ مَن هى بيَدِه . ومنها ، لو كان المَبِيعُ قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ ، أو رَطْلًا مِن زُبْرَةٍ ، فتَلِفَتْ إلَّا قَفِيزًا أو رَطْلًا ، فهو المَبِيعُ . ومنها ، لو اشْتَرَى عَبْدًا أو شِقْصًا بمَكِيلٍ ، أو مَوْزُونٍ ، أو مَعْدُودٍ ، أو مَذْرُوعٍ ، فقَبَضَ العَبْدَ وباعَه ، أو أَخَذَ الشِّقْصَ بالشُّفْعَةِ ، ثم تَلِفَ الطَّعامُ قبلَ قَبْضِه ، انْفَسَخَ العَقْدُ الأَوَّلُ دُونَ الثَّانى ، ولا يَبْطُلُ الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ، ويَرْجِعُ مُشْتَرِى الطَّعامِ على مُشْتَرِى العَبْدِ أو الشِّقْصِ بقِيمَةِ ذلك ؛ لتعَذُّرِ رَدِّه ، وعلى الشَّفيعِ مِثْلُ الطَّعامِ ؛ لأنَّه عِوَضُ الشِّقْصِ .

تنبيه : يأْتِى حُكْمُ الصَّرْفِ والسَّلَمِ قبلَ قَبْضِهما فى بابَيْهما ، ويأْتِى حُكْمُ الثَّمَرَةِ

المقنع

وَعَنْهُ ، فِى الصُّبْرَةِ الْمُتَعَيِّنَةِ [١٠١ظ] ، أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ قَبْضِهَا ، فَإِنْ تَلِفَتْ ، فَهِىَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِى . وَمَا عَدَا الْمَكِيلَ وَالْمَوْزُونَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَإِنْ تَلِفَ ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِى . وذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ كَالْمَكِيلِ والْموزُونِ فِى ذَلِكَ .

الشرح الكبير

١٦٦٨ – مسألة : (وعنه ، فى الصُّبْرَةِ المُتَعَيِّنَةِ ، أنّه يَجُوزُ بَيْعُها قبلَ قَبْضِها ، وإنْ تَلِفَتْ فهى مِن ضَمانِ المُشْتَرِى) نَقَلَها عنه أبو الحارِثِ والجُوزْجَانِىُّ . واخْتَارَهُ القاضِى وأَصْحابُه . ونحوُه قولُ مالِكٍ ؛ لقَوْلِ ابنِ عمرَ : مَضَتِ السُّنَّةُ أنّ ما أَدْرَكَتْه الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُبْتاعِ [1] . وقد ذَكَرْنا ذلك .

١٦٦٩ – مسألة : (وما عَدَا المَكِيلَ والمَوْزُونَ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، وإن تَلِفَ ، فهو مِن مالِ المُشْتَرِى . وحَكَى أبو الخَطّابِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أنّه كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ فى ذلك) كُلِّه ، ما عدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ والمَعْدُودَ والمَطْعُومَ ، على ما ذَكَرْنا فيه من الخِلافِ ، يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، فى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ . ويُرْوَى مثلُ هذا عن عثمانَ ابنِ عَفّانَ ، وسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، والحَكَمِ ، وحَمّادٍ ، والأَوْزَاعِىِّ ،

الإنصاف

إذا باعَها على الشَّجرِ ، هل يجوزُ بَيْعُها قبلَ جَدِّها ؟ ونحوُه .

قوله : وما عَدا المَكِيلَ والمَوْزُونَ ، يَجُوزُ [٢/٨٩ظ] التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٥ .

الشرح الكبير

وإسحاقَ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، لا يَجُوزُ بَيْعُ شيءٍ قبلَ القَبْضِ . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عَبّاسٍ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ ، إلَّا أنّ أبا حَنِيفَةَ اخْتارَ بَيْعَ العَقارِ قَبْلَ قَبْضِه . وإذا قُلْنا بجوازِ التَّصرُّفِ فيه ، فَتَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى . وقال أبو حَنِيفَةَ : كُلُّ مَبِيعٍ قبلَ قَبْضِه مِن ضمانِ البائِعِ ، إلَّا العَقارَ . وقال الشافِعِىُّ : هو مِن ضَمانِ البائِعِ فى الجَمِيعِ . وحَكَى أبو الخَطّاب عن أحمدَ مثلَ ذلك ، واحْتَجُّوا بنَهْىِ النَّبِىِّ ﷺ (١عَنْ بَيْعِ ١) الطعامِ قبلَ قَبْضِه[٢] . وبما رُوِىَ عن ابنِ عَبّاسٍ ، أنّه قال : أرَى كُلَّ شَىءٍ بمَنْزِلَةِ الطّعامِ . وبما رَوَى أبو داودَ[٣] ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ نَهَى أنْ تُباعَ السِّلَعُ حيث تُبْتاعُ حتى يَحُوزَها التُّجّارُ إلى رِحالِهم . ورَوَى ابنُ ماجه[٤] أنَّ النَّبِىَّ

الإنصاف

وإنْ تَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى . وهذا بناءً منه على ماذكَرَه فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ . وقد تقدَّم أنَّ المَعْدُودَ والمَذْرُوعَ كهُما ، فما عَدا هذه الأرْبَعَةَ ، يجوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، وإنْ تَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ، كما قال المُصَنِّفُ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : هذا المذهبُ ، كأَخْذِه بشُفْعَةٍ . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا أشْهَرُ الرِّواياتِ ، واخْتِيارُ أكثرِ

(١ - ١) فى م : « أن يباع » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٦ .

(٣) فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٣ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٩١ .

(٤) فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٠ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٢ .

الشرح الكبير

ﷺ نَهَى عن شِراءِ الصَّدَقاتِ حيث تُقْبَضُ . ورُوِىَ أنّ النبىَّ ﷺ لَمّا بَعثَ عَتَّابَ بنَ أُسَيْدٍ إلى مَكّةَ قال : « انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ ما لم يَقْبِضُوا ، وعن رِبْحِ ما لم يَضْمَنُوا »[1] . ولأنّه لم يَتِمَّ المِلْكُ عليه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كغَيْرِ المُتَعَيِّنِ ، أو كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . ولَنا على جَوازِ بَيْعِه قبلَ قَبْضِه ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : كُنَّا نَبيعُ الإِبِلَ بالبَقِيعِ بالدَّراهِمِ فنَأْخُذُ بَدَلَ الدَّراهِمِ الدَّنانِيرَ ، ونَبِيعُها بالدَّنانِيرِ فنأْخُذُ بَدَلَها الدَّراهِمَ ، فَسأَلْنَا النَّبىَّ ﷺ عن ذلك ، فقال : « لا بَأْسَ إذا تَفرَّقْتُما وليس بَيْنَكُما شىءٌ »[2] .

الإنصاف

الأصحابِ . قال فى « المُحَرَّرِ » : هذا المَشْهُورُ . قال فى « الشَّرْحِ » : هذا الأظهَرُ . قال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفائقِ » : هذا الأشْهَرُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو الأشْهَرُ عن الإمامِ ، والمُخْتارُ لجُمْهورِ الأصحابِ . وصحَّحه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصُولِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه ، إنْ لم يَكُنْ مَطْعُومًا . وفى طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ رِوايَةٌ ؛ يجوزُ فى العَقارِ فقط . وذكَر أبو الخَطَّابِ رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ فى ذلك ، فلا يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه مُطْلَقًا ، ولو ضَمِنَه . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى غيرِ « الفُصُولِ » ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ،

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب النهى عن بيع ما لم يقبض وإن كان طعامًا ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٣١٣/٥ . وانظر : تلخيص الحبير ٢٥/٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اقتضاء الذهب من الورق ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٥١/٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة ، وباب أخذ الورق من الذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٤٨/٧ ، ٢٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٠/٢ . والدارمى ، فى : باب الرخصة فى اقتضاء الورق من الذهب ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣/٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ١٣٩ .

الشرح الكبير

وهذا تصرُّفٌ فى الثَّمَنِ قبلَ قَبْضِه ، وهو أحَدُ العِوَضَيْنِ . ورَوَى ابنُ عمرَ أنّه كان على بَكْرٍ صَعْبٍ ، [٣/٢٩٠ظ] يَعْنِى لعمرَ ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « بِعْنِيه » . فقال : هو لَكَ يا رَسُولَ اللهِ . فقال النَّبِىُّ ﷺ : « هو لَكَ يا عبدَ اللهِ بنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ ما شِئْتَ »[1] . وهذا ظاهِرٌ فى التَّصَرُّفِ فى المَبِيعِ بالهِبَةِ قبلَ قبْضِه . واشْتَرَى مِن جابرٍ جَمَلًا ، ونَقَدَه ثَمَنَه ، ثم وَهَبَه إيّاهُ قبلَ قَبْضِه[2] . ولأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ المَعْقُودِ عليه ، فجازَ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالمنافِعِ فى الإجارَةِ ، يجوزُ له إجارَةُ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ قبلَ قَبْضِ المنافِعِ ، ولأنَّه مَبِيعٌ لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالمالِ فى يَدِ المودِعِ والمُضارِبِ . ولَنا ، على أنَّه إذا تَلِفَ فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمَانِ »[3] . وهذا المَبِيعُ

الإنصاف

وجعَلَها طَرِيقَةَ الخِرَقِىِّ وغيرِه ، وقال : عليه تدُلُّ أُصولُ أحمدَ ، كتَصَرُّفِ المُشْتَرِى فى الثَّمَرَةِ ، والمُسْتَأْجِرِ فى العَيْنِ ، مع أنَّه لا يَضْمَنُها ، وعكْسُه كالصُّبْرَةِ المُعَيَّنَةِ . كما شرَط قَبْضَه لصِحَّتِه ، كسَلَمٍ وصَرْفٍ . وقال فى « الانْتِصارِ » ، فى الصَّرْفِ : إنْ تَمَيَّزَ له ، الشِّراءُ بعَيْنِه ، ويأْمُرُ البائعُ بقَبْضِه فى المَجْلِسِ . وقال فى « التَّرْغيبِ » : المُتَعَيِّنان فى الصَّرْفِ ، قيل : مِن صُوَرِ المَسْأَلةِ . وقيل : لا ؛ لقَوْلِه : إلَّا هؤلاءِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، ضابِطُه ، المَبِيعُ مُتَمَيِّزٌ وغيرُه ؛ فغَيْرُ المُتَمَيِّزِ مُبْهَمٌ تعَلَّقَ به حقُّ تَوْفِيَةٍ ، كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ونحوِه ، فيَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، وعليه الأصحابُ . وفى كلامِ المُصَنِّفِ ما يقْتَضِى رِوايَةً بعدَمِ الافْتِقارِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١٣ .
(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٦ .
(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/٢٨٤ .

الشرح الكبير

نماؤُه للمُشْتَرِى ، فضَمانُه عليه . وقولُ ابنِ عمرَ : مَضَتِ السُّنَّةُ أنّ ما أدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو من مالِ المُبْتَاعِ . وأمّا أحادِيثُهم ، فقد قيلَ : لم يَصِحَّ منها إلَّا حَدِيثُ الطَّعامِ . وهو حُجَّةٌ لنا بمَفْهُومِه ، فإنَّ تَخْصِيصَ الطّعامِ بالنَّهْىِ عن بَيْعِه قبلَ قَبْضِه ، يَدُلُّ على جَوازِه فيما سِواهُ . وقَوْلُهم : لم يَتِمَّ المِلْكُ عليه . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ السَّبَبَ المُقْتَضِىَ للمِلْكِ مُتَحَقِّقٌ ، وأكْثَرُ ما فيه تَخَلُّفُ القَبْضِ ، واليَدُ ليست شَرْطًا فى صِحَّةِ البَيْعِ ، بدَلِيلِ جَوازِ بَيْعِ المالِ المُودَعِ والمَوْرُوثِ ، والتَّصَرُّفِ فى الصَّدَاقِ وعِوَضِ الخُلْعِ عند أبى حَنِيفَةَ .

الإنصاف

قال الزَّرْكَشِىُّ : ولا يُتابَعُ عليها . ومُبْهَمٌ لم يتَعَلَّقْ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، كنِصْفِ عَبْدٍ ، ونحوِه ، ففى « البُلْغَةِ » ، هو كالذى قبلَه . وفى « التَّلْخيصِ » ، هو مِنَ المُتَمَيِّزاتِ ، فيه الخِلافُ الآتِى . والمُتَمَيِّزُ قِسْمان ؛ ما يتَعَلَّقُ به حقُّ تَوْفِيَةٍ ، كبِعْتُك هذا القَطِيعَ ، كلَّ شاةٍ بدِرْهَمٍ ، ونحوِه . فهو كالمُبْهَمِ الذى تعلَّقَ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ عندَ الأصحابِ . وخرَّج أنَّه كالعَبْدِ . وهو ظاهِرُ رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . ومالا يتعلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ – كالعَبْدِ ، والدَّارِ ، والصُّبْرَةِ ، ونحوِها ، مِنَ الذِّمِّيَّاتِ – ففيه الرِّواياتُ المذْكُورَةُ بعدَ كلامِ المُصَنِّفِ . الثَّانيةُ ، ما جازَ له التَّصَرُّفُ فيه ، فهو مِن ضَمانِه ، إذا لَم يَمْنَعْه البائعُ . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُه ، تمَكَّنَ مِن قَبْضِه أَوْلا . وجزم به فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لا يكونُ مِن ضَمانِه ، إلَّا إذا تمَكَّنَ مِن قَبْضِه . وقال : ظاهِرُ المذهبِ ، الفَرْقُ بينَ ما تمَكَّنَ مِن قَبْضِه وغيرِه ، ليس هو الفَرْقَ بينَ المَقْبوضِ وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . قال : ولم أجِدِ الأصحابَ ذكَرُوه . وردَّ ما قالَه الشَّيْخُ

الشرح الكبير

فصل : وما لا يَجُوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، لا يَجُوزُ بَيْعُه لبائِعِه ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ فيه . قال القاضِي : ولو ابْتاعَ شيئًا ممّا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، فلَقِيَه بِبَلَدٍ آخرَ ، لم يكُنْ له أخْذُ بَدَلِه إنْ تَراضَيا ؛ لأنَّه مَبيعٌ لم يُقْبَضْ . فإنْ كان ممّا لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، جازَ أخْذُ البَدَلِ عنه ، إلَّا أنْ يكونَ سَلَمًا ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ بيعُ السَّلَمِ قبلَ قَبْضِه .

فصل : وكلُّ عِوَضٍ مُلِكَ بعَقْدٍ يَنْفَسِخُ بهَلاكِه قبلَ القَبْضِ ، لا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالذى ذَكَرْنا . والأُجْرَةُ وبَدَلُ الصُّلْحِ ، إذا كانَا من المَكِيلِ أو المَوْزُونِ أو المَعْدُودِ ، وما لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بهَلاكِه ، يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ القَبْضِ ، كعِوَضِ الخُلْعِ ، والعِتْقِ على مالٍ ، وبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، وأَرْشِ الجِنايَةِ ، وقِيمَةِ المُتْلَفِ ؛ لأنَّ المُقْتَضِىَ

الإنصاف

تَقِىُّ الدِّينِ ، واسْتَشْهَدَ للرَّدِّ بكلامِ بعضِ الأصحابِ . الثَّالثةُ ، الثَّمَنُ الذى ليس فى الذِّمَّةِ ، حُكْمُه حُكْمُ المُثَمَّنِ ، فأمَّا إنْ كان فى الذِّمَّةِ ، فله أخْذُ بدَلِه ؛ لاسْتِقْرارِه . قال المُصَنِّفُ فى « فَتَاوِيه » ، فى مَن اشْتَرَى شاةً بدِينارٍ ، فبَلَعَتْه ، إنْ قُلْنا : يتَعَيَّنُ الدِّينارُ بالتَّعْيينِ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِه قبلَ قَبْضِه ، انْفَسَخَ هنا . وإنْ لم نَقُلْ بأحَدِهما ، لم يَنْفَسِخْ . الرَّابعةُ ، حُكْمُ كلِّ مُعَيَّنٍ مُلِكَ بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، يَنْفَسِخُ بهَلاكِه قبلَ قَبْضِه - كالأُجْرَةِ المُعَيَّنَةِ ، والعِوَضِ فى الصُّلْحِ ، بمَعْنَى البَيْعِ ، ونحوِهما - حُكْمُ العِوَضِ فى البَيْعِ ، فى جَوازِ التَّصَرُّفِ ومَنْعِه ، كما سبَق . قطَعَ به الأصحابُ . وجوَّز الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ البَيْعَ فيه ، وغيرَه ؛ لعدَمِ قَصْدِ الرِّبْحِ . انتهى . وحُكْمُ ما لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِه قبلَ قَبْضِه - كالعِوَضِ فى الخُلْعِ ، والعِوَضِ فى العِتْقِ ، والمُصالَحِ به عن دَمِ العَمْدِ - قيل : حُكْمُ البَيْعِ . كما تقدَّم

الشرح الكبير

للتَّصرُّفِ المِلْكُ ، وقد وُجِدَ . لكنْ ما يُتَوَهَّمُ فيه غررُ الانْفِسَاخِ بهَلاكِ المَعْقُودِ عليه ، لم يَجُزْ بناءُ عَقْدٍ آخرَ عليه ؛ تَحَرُّزًا مِن الغَرَرِ ، وما لا يُتَوهَّمُ فيه ذلكِ الغَرَرُ ، انْتَفَى المانِعُ ، فجازَ العَقْدُ عليه . وهذا قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ . والمَهْرُ كذلك عند القاضِى . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بهَلَاكِه . وقال الشّافِعِىُّ : لا يَجُوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه . ووَافَقَه أبو الخَطّابِ فى غيرِ المُتَعَيِّنِ ؛ لأنَّه يَخْشَى [٢٩١/٣و] رُجُوعَه بانْتِقاضِ سَبَبِه بالرِّدَّةِ قبلَ الدُّخولِ ، أو انْفِسَاخِه بسَبَبٍ من جِهَةِ المَرْأةِ ، أو نِصْفَهُ[1] بالطَّلَاقِ ، أو انْفِسَاخَه بسَبَبٍ من غيرِ جِهَتِها . وكذلك قال الشّافِعِىُّ فى عِوَضِ الخُلْعِ . وهذا التَّعْلِيلُ باطِلٌ بما بعدَ القَبْضِ ؛ فإنَّ قَبْضَه لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيه قبلَ الدُّخولِ . فأمّا ما مُلِكَ بإرْثٍ أو وَصِيَّةٍ أو غَنِيمَةٍ ، وتَعَيَّنَ مِلْكُه فيه ، فإنَّه يَجُوزُ له التَّصرُّفُ فيه بالبَيْعِ وغَيْرِه قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه غيرُ مَضْمُونٍ بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فهو كالمَبِيعِ المَقْبُوضِ . وهذا مَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىِّ . وإن كان لإنْسَانٍ فى يَدِ غيرِه وَدِيعَةٌ أو عارِيّةٌ أو مُضارَبَةٌ ، أو جَعَلَه وَكِيلًا فيه ، جازَ له بَيْعُه ممَّنْ هو فى يَدِه ومِن غيرِه ؛

الإنصاف

فى الذى قبلَه . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، لكنْ يجِبُ بتَلَفِه مِثْلُه أو قِيمَتُه . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى [2] الصَّغِيرِ [2] » ، ولا فَسْخَ على الصَّحيحِ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، لهما فَسْخُ نِكاحٍ ، لفَوْتِ بعضِ المَقْصُودِ ، كعَيْبِ مَبِيعٍ . انتهى . وقيل : له التَّصرُّفُ قبلَ قَبْضِه فيما لا

(١) فى م : « بصفة » .

(٢ - ٢) زيادة من : ش .

الشرح الكبير

لأنه عَيْنُ مالٍ مَقْدُورٌ على تَسْلِيمِها ، لا يُخْشَى انْفِساخُ المِلْكِ فيها ، فهى كالتى فى يَدِه . فإن كان غَصْبًا ، فقد ذَكَرْنا حُكْمَه .

فصل : فإنِ اشْتَرَى اثْنانِ طَعامًا فقَبَضَاهُ ، ثمّ باعَ أحَدُهما الآخَرَ نَصِيبَه قبلَ أنْ يَقْتَسِماه ، احْتَمَلَ أنْ لا يَجُوزَ . وكَرِهَهُ الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ فيما يُكالُ أو يُوزَنُ ؛ لأنَّه لم يَقْبِضْ نَصِيبَه مُنْفَرِدًا ، فأشْبَهَ غيرَ المَقْبُوضِ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ لهما ، يَجُوزُ بَيْعُه لأَجْنَبِيٍّ ، فجازَ بَيْعُه لشَرِيكِه ، كسائِرِ الأَمْوالِ . فإنْ تَقاسَماه وتَفرَّقَا ، ثمّ باعَ أحَدُهما نَصِيبَه بذلك الكَيْلِ الذى كالَهُ له ، لم يَجُزْ ، كما لو اشْتَرَى مِن رَجُلٍ طَعامًا ، فاكْتالَه وتَفرَّقَا ، ثمّ باعَهُ إيّاهُ بذلك الكَيْلِ . وإنْ لم يَتَفرَّقَا ، خُرِّجَ على الرِّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُما .

فصل : وكُلُّ ما لَا يَجُوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، لا تَجُوزُ فيه الشَّرِكَةُ ولا التَّوْلِيَةُ ، ولا الحَوالَةُ به . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ ، والشّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ :

الإنصاف

يَنْفَسِخُ ، فيَضْمَنُه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وفى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، بل ضَمانُه كبَيْعٍ . وحُكْمُ المَهْرِ كذلك عندَ القاضى . وهو ظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ . وجزَم به فى « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « المُحَرَّرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ لم يَكُنْ مُتَعَيِّنًا . ذكَرَه المُصَنِّفُ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . الخامسةُ ، لو تعَيَّنَ مِلْكُه فى مَوْرُوثٍ ، أو وَصِيَّةٍ ، أو غَنِيمَةٍ ، لم يُعْتَبرْ قَبْضُه فى صِحَّةِ تصَرُّفِه فيه . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، بلا

المقنع وَيَحْصُلُ الْقَبْضُ فِيمَا بِيعَ بِالْكَيْلِ وَالْوَزْنِ ، بِكَيْلِهِ وَوَزْنِهِ ،.....

الشرح الكبير يَجُوزُ هذا كُلُّه فى الطّعامِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بمثلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ ، فجازَتْ قبلَ القَبْضِ ، كالإقالَةِ . ولَنا ، أنَّ التَّوْلِيَةَ والشَّرِكَةَ من أنواعِ البَيْعِ ، فإنَّ الشَّرِكَةَ بَيْعُ بَعْضِه بقِسْطِه من ثَمَنِه ، والتَّوْلِيَةَ بَيْعُ جَمِيعِه بمثلِ ثَمَنِه . فَيَدْخُلُ فى عُمُومِ النَّهْىِ عن بَيْعِ الطّعامِ قبلَ قَبْضِه . ولأنَّه تَمْلِيكٌ لغيرِ مَنْ هو فى ذِمَّتِه ، فأَشْبَهَ البَيْعَ . وأمّا الإقالَةُ ، فهى فَسْخٌ للبَيْعِ ، فأَشْبَهَتِ الرَّدَّ بالعَيْبِ . وكذلك لا يَصِحُّ هِبَتُه ولا رَهْنُه ولا دَفْعُه أُجْرَةً وما أَشْبَهَ ذلك من[1] التَّصَرُّفاتِ المُفْتَقِرةِ[2] إلى القَبْضِ ؛ لأَنَّه غيرُ مَقْبُوضٍ ، فلا سَبِيلَ إلى إقْباضِه .

١٦٧٠ – مسألة : (ويَحْصُلُ القَبْضُ فيما بِيعَ بالكَيْلِ والوَزْنِ ،

الإنصاف خِلافٍ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى [٢/ ٩٠و] الكَبِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وغيرِهما ؛ لعدَمِ ضَمانِه بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ؛ كَمَبِيعٍ مَقْبُوضٍ ، وكوَدِيعَةٍ ، وكمالِه فى يَدِ وَكيلِه ، ويجوزُ ذلك . وقيل : وَصِيَّةٌ كبَيْعٍ . وقيل : وإرْثٌ أيضًا كبَيْعٍ . وفى « الإفْصاحِ » عن أحمدَ ، مَنْعُ بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه فى إرْثٍ وغيرِه . وفى « الانْتِصارِ » ، مَنْعُ تَصَرُّفِه فى غَنِيمَةٍ قبلَ قَبْضِها إجْماعًا ، وعارِيَّةٍ كوَدِيعَةٍ فى جَوازِ التَّصَرُّفِ ، ويَضْمَنُها مُسْتَعِيرٌ . ويأْتِى حُكْمُ القَرْضِ فى أَوَّلِ بابِه .

قوله : ويَحْصُلُ القَبْضُ فيما بِيعَ بالكَيْلِ والوَزْنِ بكَيْلِه ووَزْنِه . وكذا المَعْدُودُ

---

(١) فى م : « ولا » .

(٢) فى م : « المنعقدة » .

الشرح الكبير

بكَيْله وَوَزْنه) وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : التَّخْلِيَةُ فى ذلك قَبْضٌ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ القَبْضَ فى كُلِّ شىءٍ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْيِيزِ ؛ لأنَّه خَلَّى بَيْنَه وبينَ المَبيعِ من غيرِ حائِلٍ ، فكان قَبْضًا له ، كالعَقَارِ . ولَنا ، ما رَوَى عثمانُ بنُ عَفانَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « إذا بِعْتَ فكِلْ ، وإذا ابْتَعْتَ فاكْتَلْ » . [٣/٢٩١ظ] رَواه البُخَارِىُّ[1] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال : « من اشْتَرَى طَعَامًا ، فلا يَبِيعُه حَتَّى يَكْتَالَهُ » . رَواهُ مُسْلِمٌ[2] . وعن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يَجْرِىَ فيه الصَّاعَان ؛ صاعُ البائِعِ وصَاعُ المُشْتَرِى . رَواهُ ابنُ ماجَه[3] . وهذا فيما بِيعَ كَيْلًا .

الإنصاف

والمَذْرُوعُ ، بعَدِّه ، وذَرْعِهِ ، على ما تقدَّم . نصَّ عليه . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، لكِنْ يُشْتَرطُ فى ذلك كلِّه ، حُضورُ المُسْتَحِقِّ أو نائبه . وعنه ، أنَّ قَبْضَ جميعِ الأشْياءِ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْيِيزِ . نصَرَه القاضى وغيرُه . وقال فى « المُحَرَّرِ » ، ومَن تابَعه : وإنْ تقابَضاه جُزافًا ، لعِلْمِهما بقَدْرِه ، جازَ ، إلَّا فى المَكِيلِ ، فإنَّه على رِوايتَيْن . ويأْتِى فى أوَاخِرِ السَّلَمِ ، هل يُكْتَفَى بعِلْمِ كَيْلِه أو وَزْنِه ونحوِ ذلك عن المَكِيلِ والمَوْزُونِ ونحوِهما ، أم لا ؟

فوائد ؛ إحْداها ، نصَّ الإمامُ أحمدُ على كَراهَةِ زَلْزَلَةِ الكَيْلِ . الثَّانيةُ ، الصَّحيحُ

---

(١) أى تعليقا ، فى : باب الكيل على البائع والمعطى ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/٨٨ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/٧٥ .

(٢) فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/١١٦٢ .

(٣) فى: باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٥٠ .

المقنع وَفِى الصُّبْرَةِ وَفِيمَا يُنْقَلُ ، بِالنَّقْلِ ، ....

الشرح الكبير **١٦٧١** – مسألة : (وفى الصُّبرَةِ وما يُنْقَلُ ، بالنَّقْلِ) لأنَّ ابنَ عمرَ قال : كانُوا يُضْرَبُونَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ إذا اشْتَرَوُا الطَّعامَ جُزَافًا أنْ لا يَبِيعُوه فى مكانِه حتى يُحَوِّلُوه . وفى لَفْظٍ : كُنّا نَبْتَاعُ الطّعامَ جُزَافًا ، فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَن يَأْمُرُنا بانْتِقالِه من مكانِه الذى ابْتَعْنَاه إلى مكانٍ سِواهُ قبلَ أنْ نَبيعَه . وفى لَفْظٍ : كُنَّا نَشْتَرِى الطّعامَ من الرُّكْبانِ جُزَافًا ، فنَهانَا رسولُ اللهِ ﷺ أنْ نَبِيعَه حتى نَنْقُلَه . روَاهُنَّ مُسْلِمٌ[1] . وهذا يُبَيِّنُ أنَّ الكَيْلَ إنّما

الإنصاف مِنَ المذهبِ صِحَّةُ اسْتِنابَةِ مَن عليه الحَقُّ للمُسْتَحِقِّ فى القَبْضِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : صحَّ فى أظْهَرِ الوَجْهَيْن . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يصحُّ . الثَّالثةُ ، نصَّ أحمدُ ، وقاله القاضى وأصحابُه ، ظَرْفُه كيَدِه ؛ بدَليلِ تنازُعِهما ما فيه . وقيل : لا . الرَّابعةُ ، نصَّ أحمدُ أيضًا على صِحَّةِ قَبْضٍ وَكيلٍ مِن نَفْسِه لنَفسِه . وهو المذهبُ ، وعليه جُمْهورُ الأصحابِ . قالَه فى « الفُروعِ » . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ ، وعليه جُمْهورُ الأصحابِ . وقالَه فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ . ولو قال له : اكْتَلْ مِن هذه الصُّبْرَةِ قَدْرَ حَقِّك ، ففعَل ، صحَّ . وقيل : لا . ويأْتِى ذلك فى آخِرِ السَّلَمِ .

قوله : وفى الصُّبْرَةِ ، وما يُنْقَلُ بالنَّقْلِ ، وفيما يُتَناوَلُ بالتَّناوُلِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وعنه ، أنَّ قَبْضَ جميعِ الأشْياءِ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْييزِ . ونصَرَه القاضى وغيرُه ، كما تقدَّم .

---

(١) تقدم تخريج هذه الروايات فى صفحة ١٤٢ .

المقنع

وَفِيمَا يُتَنَاوَلُ ، بِالتَّنَاوُلِ ، وَفِيمَا عَدَا ذَلِكَ ، بِالتَّخْلِيَةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ قَبْضَ جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ بِالتَّخْلِيَةِ مَعَ التَّمْيِيزِ .

الشرح الكبير

وَجَبَ فيما بِيعَ بالكَيْلِ ، وقد دَلَّ على ذلك أيْضًا قولُه عليه الصَّلَاةُ والسَّلامُ : « إذا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فكِلْ »[1] .

١٦٧٢ – مسألة : (وفيما يُتَنَاوَلُ ، بالتَّنَاوُلِ ، وفيما عَدَا ذلك ، بالتَّخْلِيَةِ . وعنه ، أنَّ قَبْضَ جميعِ الأَشْيَاءِ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْيِيزِ) إذا كان

الإنصاف

فائدة : قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[2] ، فى كتابِ الهِبَةِ : والقَبْضُ فى المُشاعِ بتَسْليمِ الكُلِّ إليه ، فإنْ أَبَى الشَّرِيكُ أنْ يُسَلِّمَ نَصِيبَه ، قيل للمُتَّهِبِ : وكِّلِ الشَّرِيكَ فى قَبْضِه ونَقْلِه . فإنْ أبَى ، نَصَّبَ الحاكِمُ مَن يكونُ فى يَدِه لهما ، فيَنْقُلُه ، ليَحْصُلَ القَبْضُ ؛ لأنَّه لا ضرَرَ على الشَّرِيكِ فى ذلك ، ويَتِمُّ به عَقْدُ شَرِيكِه . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ومَن اتَّهَبَ مُبْهَمًا أو مُشاعًا ؛ مِن مَنْقُولٍ وغيرِه ممَّا يَنْقَسِمُ أو غيرِه ، فأَذِنَ له شَرِيكُه فى القَبْضِ ، كان سَهْمُه أمانَةً مع المُتَّهِبِ ، أو يُوَكِّلُ المُتَّهِبُ شَرِيكَه فى قَبْضِ سَهْمِه منه ، ويكونُ أمانَةً . وإنْ تنازَعا ، قبَض لهما وَكِيلُهما ، أو أمِينُ الحاكِمِ . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » ، فى بابِ الهِبَةِ : قال فى « المُجَرَّدِ » : يُعْتَبرُ لقَبْضِ المُشاعِ إذْنُ الشَّرِيكِ ، فيكونُ نِصْفُه مَقْبُوضًا تَمَلُّكًا ، ونِصْفُ الشَّرِيكِ أمانَةً . وقال فى « الفُنُونِ » : بل عارِيَّةً . انتهى . وقال فى « الرِّعايَةِ » أيضًا ، فى بابِ القَبْضِ والضَّمانِ : ومَن باعَ حقَّه المُشاعَ مِن عَيْنٍ ، وسلَّم الكُلَّ إلى المُشْتَرِى بلا إذْنِ شَرِيكِه ، فهو غاصِبٌ حَقَّ شَرِيكِه ، فإنْ عَلِمَ المُشْتَرِى عدَمَ إذْنِه فى قَبْضِ حقِّه – فتَلِفَ – ضَمَّنَ أيَّهما شاءَ ، والقَرارُ على

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٦ .

(٢) انظر : المغنى ٨/ ٢٤٧ .

الشرح الكبير

المَبيعُ دَراهِمَ أو دَنانِيرَ ، فَقَبْضُها باليَدِ ، وإنْ كان ثِيابًا ، فَقَبْضُها نَقْلُها ، وإنْ كانَ حَيَوانًا ، فقَبْضُهُ بمَشْيِه من مكانِه ، وإنْ كان ما لا يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ ، فقَبْضُه التَّخْلِيَةُ بَيْنَه وبينَ مُشْتَرِيه لا حائِلَ دُونَه . ولأَنَّ القَبْضَ مُطْلَقٌ فى الشَّرْعِ ، فيَجِبُ فيه الرُّجُوعُ إلى العُرْفِ ، كالإِحْرازِ والتَّفَرُّقِ . والعادَةُ فى قَبْضِ هذه الأَشْياءِ ما ذَكَرْنَا .

فصل : وأُجْرَةُ الكَيَّالِ والوَزَّانِ فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ على البائِعِ ؛ لأنَّ عليه تَقْبِيضَ المَبِيعِ للمُشْتَرِى ، والقَبْضُ لا يَحْصُلُ إلَّا بذلك ، فكان

الإنصاف

المُشْتَرِى . وكذا إنْ جَهِلَ الشَّرِكَةَ أو وُجوبَ الإذْنِ – ومِثْلُه يَجْهَلُه – لكِنِ القرارُ على البائعِ ؛ لأنَّه غَرَّه ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَخْتَصَّ بالمُشْتَرِى .

قوله : وفيما عَدا ذلك بالتَّخْلِيَةِ . كالذى لا يُنْقَلُ ، ولا يُحَوَّلُ . وهذا بلا نِزاعٍ ، لكِنْ قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » وغيرُهم : مع عدَمِ المانِعِ . قلتُ : ولعَلَّه مُرادُ مَن أطْلَقَ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، أُجْرَةُ تَوْفِيَةِ الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ على باذِلِه منهما . قالَه الأصحابُ . وقال فى « النِّهايَةِ » : أُجْرَةُ نقْلِه – بعدَ قَبْضِ البائعِ له – عليه . انتهى . وأُجْرَةُ المَنْقُولاتِ على المُشْتَرِى ، إن قُلْنا : كمَقْبُوضٍ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : أُجْرَةُ المَنْقُولاتِ على المُشْتَرِى ، سواءٌ قُلْنا : كمَقْبُوضٍ . أوْلا . قال المُصَنِّفُ : لأنَّه لم يتعلَّقْ به حقُّ تَوْفِيَةٍ . نصَّ عليه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ومُؤْنَةُ تَوْفِيَةِ كلِّ واحدٍ مِنَ العِوَضَيْنِ مِن أُجْرَةِ وَزْنِه ، وكَيْلِه ، وذَرْعِه ، وعَدِّه ، وغيرِ ذلك ، على باذِلِه ، ومُؤْنَةُ قَبْضِ ما بِيعَ جُزافًا ، وهو مُتَمَيِّزٌ ، على

الشرح الكبير

على البائعِ ، كما أنّ على بائعِ الثمرَةِ سَقْيَها ، وكذلك أُجْرَةُ العَدّادِ فى المَعْدُودَاتِ . وأمّا نَقلُ المَنْقولَاتِ وما أشْبَهَه[1] فهو على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يَتعلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ .

الإنصاف

مَن صارَ له ، إنْ قُلْنا : هو فى حُكْمِ المَقْبُوضِ . وإلَّا فلا . وما بِيعَ بصِفَةٍ أو رُؤْيَةٍ مُتقَدِّمَةٍ ، فهو كالمَكيلِ والمَوْزونِ ونحوِهما ، فى حقِّ التَّوْفِيَةِ وغيرِها . وقيل : أُجْرَةُ الكيَّالِ على البائعِ . وكذا أُجْرَةُ الوَزَّانِ ، والنَّقْلِ . وقيل : بل على المُشْتَرِى . ثم قال مِن عندِه : ويَحْتَمِلُ أنَّ عليه أُجْرَةَ النَّقَّادِ ، وزِنَةِ الوَزَّانِ . انتهى . [2]وقال القاضى فى « التَّعْلِيقِ » : وأُجْرَةُ النَّقَّادِ ، فإنْ كان قبلَ أنْ يقْبِضَ البائعُ الثَّمَنَ ، فهى على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ عليه تَسْلِيمَ الثَّمَنِ إليه صَحِيحًا ، وإنْ كان قد قبَض ، فهى على البائعِ ؛ لأنَّه قد قبَضَه منه ومَلَكَه ، فعليه أنْ يُبَيِّنَ أنَّ شيئًا منه مَعِيبًا يَجِبُ ردُّه[2] . الثَّانيةُ ، يتَمَيَّزُ الثَّمَنُ عن المُثَمَّنِ بدُخولِ باءِ البَدَلِيَّةِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ . قدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقال : وهو أوْلَى . قال [٢/ ٩٠ظ] الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » : وهو أظْهَرُ . وقيل : إنِ اشْتَمَلَتِ الصَّفْقَةُ على أحَدِ النَّقْدَيْن ، فهو الثَّمَنُ ، وإلَّا فهو مادَخلَتْه باءُ البَدَلِيَّةِ ، نحو ، بِعْتُك هذا بهذا : فقال المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُ . أو قال : اشْتَرَيْتُ هذا بهذا . فقال البائعُ : بِعْتُك . وذكَر الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » وَجْهًا ثالِثًا ، وهو أنَّ الثَّمَنَ الدَّراهِمُ والدَّنانِيرُ المَوْصوفَةُ للثَّمَنِيَّةِ اصْطِلاحًا . فيَخْتَصُّ بها فقط . قلتُ : هو قَريبٌ مِنَ الذى قبلَه .

فوائد ؛ منها ، لا يضْمَنُ النَّقَّادُ ما أخْطَأُوا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . زادَ فى « الرِّعايَةِ » ، إذا عُرِفَ حَذْقُه وأمانَتُه . والظَّاهِرُ ، أنَّه مُرادُ مَن أطْلَقَ .

---

(١) فى ر ١ ، م : « أشبهها » .

(٢ – ٢) زيادة من : ش .

الشرح الكبير **فصل** : ويَصِحُّ القَبْضُ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ وبعدَه ، باخْتِيَارِ البائعِ وبغَيْرِ

الإنصاف وقيل : يَضْمَنُون . ومنها ، إتْلافُ المُشْتَرِى للمَبِيعِ قَبْضٌ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : إنْ كان عَمْدًا ، فقَبْضٌ ، وإلَّا فلا . وغَصْبُه ليس بقَبْضٍ . وفى « الانْتِصارِ » ، خِلافٌ ؛ إنْ قبلَه ، هل يَصِيرُ قابِضًا أم يَنْفَسِخُ ، ويَغْرَمُ قِيمَتَه ؟ وكذا مُتَّهِبٌ بإذْنِه ، هل يَصِيرُ قابِضًا ؟ فيه ، وفى غَصْبِ عَقارٍ ، لو اسْتَوْلَى عليه[1] وحالَ بينَه وبينَ بائعِه ، صارَ قابِضًا . ومنها ، يصِحُّ قَبْضُه مِن غيرِ رِضَا البائعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال فى « الانْتِصارِ » : يَحْرُمُ فى غيرِ مُتَعَيِّنٍ . ومنها ، لو غصَب البائعُ الثَّمَنَ ، أو أخَذَه بلا إذْنِه ، لم يَكُنْ قَبْضًا ، إلَّا مع المُقاصَّةِ .

فائدة : يَحْرُمُ تَعاطِيهما عَقْدًا فاسِدًا ، فلو فعَلا ، لم يَمْلِكْ به ، ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وخرَّج أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، صِحَّةَ التَّصَرُّفِ فيه مِنَ الطَّلاقِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ . واعْتَرَضَه أحمدُ الحَرْبِىُّ[2] فى « تَعْلِيقِه » ، وفرَّق بينَهما . وأبْدَى ابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » احْتِمالًا بنُفُوذِ الإقالَةِ فى البَيْعِ الفاسِدِ ، كالطَّلاقِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ . قال : ويُقَيِّدُ ذلك ، أنَّ حُكْمَ الحاكِمِ بعدَ الإقالَةِ بصِحَّةِ العَقْدِ ، لا يُؤَثِّرُ . انتهى . قال فى « الفائقِ » : قال شيْخُنا ، يعْنِى به الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ : يترجَّحُ أنَّه يَمْلِكُه بعَقْدٍ فاسِدٍ . فعلى المذهبِ ، حُكْمُه حُكْمُ المَغْصُوبِ فى الضَّمانِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والأَرْبَعِين » : هذا المَعْروفُ مِنَ المذهبِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه :

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) أحمد بن معالى (عبد الله) بن بركة الحربى ، شيخ فقيه ، مناظر ، له مخالطة مع الفقهاء ، ومعاشرة مع الصوفية ، له « تعليقة » فى الفقه . توفى سنة أربع وخمسين وخمسمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/٢٣٢ ، ٢٣٣ .

الشرح الكبير

اخْتِيَارِه ؛ لأَنَّه ليس للبائعِ حَبْسُ المَبِيعِ على قَبْضِ الثَّمَنِ ، ولأَنَّ التَّسْلِيمَ مِن مُقْتَضَياتِ العَقْدِ ، فمتَى وُجِدَ بَعْدَه وَقَعَ مَوْقِعَه ، كقَبْضِ الثمَنِ .

الإنصاف

حُكْمُه حُكْمُ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ . ومنه خرَّج ابنُ الزَّاغُونِيِّ ، لا يَضْمَنُه . ويأْتِى حُكْمُ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ فى بابِ الضَّمانِ ، وإنْ كان هذا محَلَّه ، لمَعْنًى ما . وعلى المذهبِ أيضًا ، يَضْمَنُه بقِيمَتِه على الصَّحيحِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وأبِى طالِبٍ . وذكَر أبو بَكْرٍ ، يَضْمَنُه بالمُسَمَّى لا القِيمَةِ ، كنِكاحٍ وخُلْعٍ . وحكاه القاضى فى الكِتابَةِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال فى « الفُصُولِ » : يَضْمَنُه بالثَّمَنِ . والأصحُّ ، بقِيمَتِه كمَغْصُوبٍ . وفى « الفُصُولِ » أيضًا - فى أُجْرَةِ المِثْلِ فى مُضارَبَةٍ فاسِدَةٍ - أنَّه كبَيْعٍ فاسِدٍ ، إذا لم يَسْتَحِقَّ فيه المُسَمَّى ، اسْتَحَقَّ ثَمَنَ المِثْلِ ؛ وهو القِيمَةُ . كذا تَجِبُ قِيمَةُ المِثْلِ لهذه المَنْفَعَةِ . انتهى . وقال فى « المُغْنِى » - فى تصَرُّفِ العَبْدِ - وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » : أو يضْمَنُ مِثْلَه يومَ تَلَفِه . وخرَّج القاضى وغيرُه ، فيه وفى عارِيَّةٍ ، كمَغْصُوبٍ . وقالَه فى « الوَسِيلَةِ » . وقيل : له حَبْسُ المَقْبوضِ بعَقْدٍ فاسِدٍ على قَبْضِ ثَمَنِه . وعلى المذهبِ ، يَضْمَنُ زِيادَتَه على الصَّحيحِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وله مُطْلَقًا ، نَماؤُه المُتَّصِلُ والمُنْفَصِلُ ، وأُجْرَتُه مُدَّةَ قَبْضِه بيَدِ المُشْتَرِى ، وأَرْشُ نَقْصِه . وقيل : هل أُجْرَتُه وزِيادَتُه مَضْمونَةٌ أو أمانَةٌ ؟ على وَجْهَيْن . انتهى . وقال فى « الصُّغْرَى » : ونَماؤُه وأُجْرَتُه وأَرْشُ نَقْصِه لمالِكِه . وقيل : عليه أُجْرَةُ المِثْلِ لمَنْفَعَةٍ ، وضَمانُه إنْ تَلِفَ بقِيمَتِه ، وزِيادَتُه أمانَةٌ . انتهى . وقدَّم الضَّمانَ أيضًا فى الزِّيادَةِ[1] . وصحَّحَه فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقال فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » : وفى ضَمانِ زِيادَتِه وَجْهان . وقال فى

---

(١) فى الأصل ، ط : « الزبدة » .

المقنع

وَالْإِقَالَةُ فَسْخٌ ، تَجُوزُ فِى الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِهَا شُفْعَةٌ ، وَلَا تَجُوزُ إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا بَيْعٌ ، فَلَا يَثْبُتُ فِيهَا ذَلِكَ إِلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٦٧٣ - مسألة : (والإقالَةُ فَسْخٌ ، تجوزُ فى المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه ، ولا يُسْتَحَقُّ بها شُفْعَةٌ ، ولا تَجُوزُ إلَّا بمِثْلِ الثَّمَنِ . وعنه ، أنَّها بَيْعٌ ، فلا يَثْبُتُ فيها ذلك إلَّا بمِثْلِ الثَّمَنِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ) إقالَةُ النادِمِ مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ أقالَ نادِمًا بَيْعَتَه ، أقالَهُ اللهُ عَثْرَتَه يومَ القِيامَةِ » . رَواهُ ابنُ ماجَه ، وأبو داوُدَ[1] . ولم يقلْ أبو داوُدَ : « يومَ القِيامَةِ » . وهى فَسْخٌ فى أَصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ . اخْتارَها أبو بكرٍ . وهى

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » وغيرِهما : إنْ سقَط الجَنِينُ مَيِّتًا ، فهَدَرٌ . وقالَه القاضى . وعندَ أبِى الوَفاءِ يَضْمَنُه . انتهى . ويَضْمَنُه ضارِبُه بلا نِزاعٍ ، وحُكْمُه فى الوَطْءِ حُكْمُ الغاصِبِ ، إلَّا أنَّه لا حَدَّ عليه ، ووَلَدُه حُرٌّ .

قوله : والإقالَةُ فَسْخٌ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . نصَّ عليه . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، والقاضى ، والأكْثَرُون . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى اخْتِيارُ جُمْهورِ الأصحابِ ؛ القاضى وأكثرِ أصحابِه . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم : ويُشْرَعُ إقالَةُ النَّادِمِ ، وهى فَسْخٌ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ،

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فضل الإقالة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٦ . وابن ماجه ، فى . باب الإقالة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٥٢ .

الشرح الكبير

[٢٩٢/٣و] مَذْهَبُ الشّافِعِيِّ . والثانِيَةُ ، هى بَيْعٌ . وهى مَذْهَبُ مالِكٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ عادَ إلى البائِعِ على الجِهَةِ التى خرَجَ عليها ، فكانت بَيْعًا ، كالأَوَّلِ ، وكَوْنُها بمِثْلِ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ من كَوْنِها بَيْعًا ، كالتَّوْلِيَةِ . وحُكِىَ عن أبى حَنِيفَةَ ، أنَّها فَسْخٌ فى حَقِّ المُتَعاقِدَيْنِ ، بَيْعٌ فى حَقِّ غَيْرِهما ، فلا تَثْبُتُ أحْكامُ البَيْعِ فى حَقِّهِما ، بل تَجُوزُ فى المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه ، وفى السَّلَمِ ، ويَثْبُتُ حُكْمُ البَيْعِ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ، فيَجُوزُ له أخْذُ الشِّقْصِ الذى تَقايَلَا فيه بالشُّفْعَةِ . ولَنا ، أنّ الإقالَةَ هى الرَّفْعُ والإزالَةُ . يقالُ : أقالَكَ اللهُ عَثْرَتَك . أى أزَالَها . فكانَتْ فَسْخًا للعَقْدِ الأَوَّلِ ، بدَلِيلِ جَوازِ الإقالَةِ فى السَّلَمِ مع إجْماعِهِم على أنّه لا يَجُوزُ بَيْعُ المُسْلَمِ فيه قبلَ قَبْضِه .

الإنصاف

و « الرِّعايتَيْن » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم . وحكَاه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهما عن أبى بَكْرٍ . وعنه ، أنَّها بَيْعٌ . اخْتارَها أبو بَكْرٍ فى « التَّنبِيهِ » .

تنبيه : يَنْبَنِى على هذا الخِلافِ فَوائِدُ [٢/ ٩١و] كثيرةٌ ، ذكَرَها ابنُ رَجَبٍ فى « فوائدِه » وغيرُه . منها ، إذا تَقايَلا قبلَ القَبْضِ ، فيما لا يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، فيَصِحُّ على المذهبِ ، ولا يصِحُّ على الثَّانيةِ ، إلَّا على رِوايَةٍ حكَاها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى الإجارَاتِ ؛ أنَّه يصِحُّ بَيْعُه مِن بائعه خاصَّةً قبلَ القَبْضِ . وقد تقدَّمَتْ . واخْتارَها الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقالَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتصارِ » . ومنها ، جَوازُها ، فى المَكِيلِ والمَوْزونِ بغيرِ كَيْلٍ ووَزْنٍ ، على المذهبِ ، ولا يصِحُّ على الثَّانيةِ . وهذه طَريقَةُ أبى بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، والقاضى ، والأكْثَرِين . وجزَم بها فى « الفُروعِ » وغيرِه . وحُكِيَ عن أبى بَكْرٍ ، أنَّه لابُدَّ فيها مِن كَيْلٍ أو وَزْنٍ ثانٍ ، على الرِّوايتَيْن جميعًا . وقطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، عن أبى بَكْرٍ . ومنها ، إذا تقايَلا بزِيادَةٍ على الثَّمَنِ ، أو نَقْصٍ منه ، أو بغيرِ جِنْسِ الثَّمَنِ ، لم تصِحَّ الإقالَةُ ،

الشرح الكبير

ولأنَّها مُقَدَّرَةٌ بالثمنِ الأَوَّلِ ، ولو كانت بَيْعًا لم تَتَقَدَّرْ به ، ولأَنَّه عادَ إليه المَبِيعُ بلَفْظٍ لا يَنْعَقِدُ به البَيْعُ ، فكان فَسْخًا ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ويَدُلُّ على[1] أبي حَنِيفَةَ أنَّ[2] ما كان فَسْخًا في حَقِّ المُتعاقِدَيْنِ ، كان فَسْخًا في حَقِّ غَيْرِهما ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، والفَسْخِ بالخِيارِ ، ولأنَّ حَقِيقَةَ الفَسْخِ لا تَخْتَلِفُ بالنِّسْبَةِ إلى شَخْصٍ دونَ شَخْصٍ ، والأَصْلُ اعْتِبارُ الحَقائِقِ .

الإنصاف

والمِلْكُ للمُشْتَرِى . على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، فيه وَجْهان . وأَطْلَقهما المُصَنِّفُ هنا . وأَطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » وغيرِهم ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ إلَّا بمِثْلِ الثَّمَنِ أيضًا . صحَّحَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفائقِ » . وهو المَذهبُ عندَ القاضى فى « خِلافِه » . قال فى « القواعِدِ » : وهو ظاهِرُ ما نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ بزِيادَةٍ على الثَّمَنِ ونَقْصٍ . صحَّحَه القاضى فى « الرِّوايتَيْن » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، فإنَّه قال : وعنه ، بَيْعٌ . فيَنْعَكِسُ ذلك إلَّا مِثْلَ الثَّمَنِ فى وَجْهٍ ، ويكونُ هذا المذهبَ على ما اصْطَلَحْناه . ومنها ، تصِحُّ الإِقالَةُ بلَفْظِ الإِقالَةِ والمُصَالَحةِ . على المذهبِ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وعلى الثَّانيةِ لا يَنْعَقِدُ . صرَّح به القاضى فى « خِلافِه » ، فقال : ما يَصْلُحُ للحَلِّ لا يصْلُحُ للعَقْدِ ، وما يصْلُحُ للعَقْدِ لا يصْلُحُ للحَلِّ ؛ فلا تَنْعَقِدُ الإِقالَةُ بلَفْظِ البَيْعِ ، ولا البَيْعُ بلَفْظِ الإِقالَةِ . قالَه فى « القواعِدِ » . وظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، انْعِقادُها بذلك ، وتكونُ مُعاطاةً . قالَه فى « الفَوائدِ » . ومنها ، عدَمُ اشْتِراطِ شُروطِ البَيْعِ ؛ مِن مَعْرِفَةِ المُقالِ

(1) بعده فى ر 1 : « قول » .
(2) سقط من : م .

الشرح الكبير

فإنْ قلْنا : هى فَسْخٌ . جازَتْ قبلَ القَبْضِ وبعدَه . وقال أبو بكْرٍ : لابُدَّ من كَيْلٍ ثانٍ ، ويقومُ الفَسْخُ مَقامَ البَيْعِ فى إيجابِ كَيْلٍ ثانٍ ، كقِيامِ فَسْخِ النِّكَاحِ مَقامَ الطَّلَاقِ فى العِدَّةِ . ولَنا ، أنّه فَسْخٌ للبَيْعِ ، فجازَ قبلَ القَبْضِ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ والتَّدْلِيسِ ، والفَسْخِ بالخِيارِ أو لاخْتِلَافِ المُتَبايِعَيْنِ . وفارَقَ العِدَّةَ ، فإنَّها اعْتُبِرَتْ للاسْتِبْرَاءِ ، والحاجَةُ داعِيَةٌ إليه فى كُلِّ فُرْقَةٍ بعدَ الدُّخولِ ، بخِلافِ مسألتِنا . وإنْ قُلْنا : هى بَيْعٌ . لم يَجُزْ قبلَ القَبْضِ ، فيما يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ؛ لأنَّ بَيْعَه من بائِعِه قبلَ قَبْضِه لا يَجُوزُ ، كما لا يَجُوزُ من غيرِه . ولا تُسْتَحَقُّ بها الشُّفْعَةُ إنْ كانت فَسْخًا ؛ لأنها رَفْعٌ للعَقْدِ وإزَالَةٌ له ، وليست مُعاوَضَةً ، فأشْبَهَتْ سائِرَ الفُسُوخِ . ومَنْ حَلَفَ لا يَبِيعُ ، فأقالَ ، لم يَحْنَثْ . وإن كانت بَيْعًا اسْتُحِقَّتْ بها[1] الشُّفْعَةُ ،

الإنصاف

فيه ، والقُدْرَةِ على تَسْليمِه ، وتَميُّزِه عن غيرِه ، على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، يُشْتَرطُ مَعْرِفَةُ ذلك . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، فى التَّفْليسِ . قال فى « القواعِدِ » : وفى كلامِ القاضى ما يَقْتَضِى أنَّ الإقالَةَ لا تصِحُّ مع غَيْبَةِ الآخَرِ ، على الرِّوايتَيْن ، ولو قال : أَقِلْنِى . ثم غابَ ، فأقاله ، لم يصِحَّ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقدَّم فى « الانْتِصارِ » ، يصِحُّ على الفَوْرِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه : الإقالَةُ لمَّا افْتقَرَتْ إلى الرِّضا ، وَقفَتْ على العِلْمِ . ومنها ، لو تَلِفَتِ السِّلْعَةُ ، فقيل : لا تصِحُّ الإقالَةُ ، على الرِّوايتَيْن . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » ، والمُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » . وقيل : إنْ قيلَ : هى فَسْخٌ . صَحَّتْ ، وإلَّا لم تصِحَّ . قال القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » : هو قِياسُ المذهبِ . وفى « التَّلْخيصِ » ، وَجْهان . وقال : أصْلُهما

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وحَنِثَ الحالِفُ على تَرْكِ البَيْعِ بفِعْلِها ، كالتَّوْلِيَةِ . والصَّحِيحُ أنّها لا تَجُوزُ إلّا بمِثْلِ الثَّمَنِ ، سواءٌ قُلْنا : هى فَسْخٌ أو بَيْعٌ ؛ لأنَّها خُصَّتْ بمِثْلِ الثَّمَنِ ، كالتَّوْلِيَةِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنّها تَجُوزُ بأكْثَرَ من الثَّمَنِ الأوَّلِ ، وأقَلَّ منه ، كسائِرِ البِيَاعَاتِ . فإذا قُلْنا : لا تَجُوزُ إلّا بمِثْلِ الثَّمَنِ . وأقالَ بأقَلَّ منه أو أكْثَرَ ، لم تَصِحَّ الإقالَةُ ، وكان المِلْكُ باقِيًا للمُشْتَرِى . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وعن أبى حَنِيفَةَ ، أنّها تَصِحُّ بالثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ ؛ لأنَّ لَفْظَها اقْتَضَى مثلَ الثَّمَنِ ، والشَّرْطَ يُنافِيهِ ، فبَطَلَ ،

الإنصاف

الرِّوايَتان إذا تَلِفَ المَبِيعُ فى مُدَّةِ الخِيارِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وقالَا : وفارَق الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ لأنَّه يُعْتمَدُ مَرْدُودًا . ومنها ، صِحَّتُها بعدَ نِداءِ الجُمُعَةِ . على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، لا تصِحُّ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، ومَن تابعَهما . ومنها ، نَماؤُه المُنْفَصِلُ ، فعلى الثَّانيةِ ، لا يُتْبَعُ . وعلى المذهبِ ، قال القاضى : هو للمُشْتَرِى . قال ابنُ رَجَبٍ : ويَنْبَغِى تَخْرِيجُه على الوَجْهَيْن ؛ كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، والرُّجوعِ للمُفلِسِ . وخرَّج القاضى وَجْهًا ؛ يَرُدُّه مع أصْلِه . حكَاه المَجْدُ عنه فى « شَرْحِه » . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » : النَّماءُ للبائعِ . على المذهبِ . مع ذِكْرِهما أنَّ نَماءَ المَعِيبِ للمُشْتَرِى . ومنها ، لو باعَه نَخْلًا حامِلًا ، ثم تَقايَلا وقد أطْلَعَ ، فعلى المذهبِ ، يَتْبَعُ الأصْلَ ، سواءٌ كانتْ مُؤَبَّرَةً أوْلا . وعلى الثَّانيةِ ، إنْ كانت مُؤَبَّرَةً ، فهى للمُشْتَرِى الأوَّلِ ، وإنْ لم تكُنْ ، فهى للبائعِ الأوَّلِ . ومنها ، خِيارُ المَجْلِسِ ، لا يَثْبُتُ فيها على المذهبِ . وعلى الثَّانِيَةِ ، قال فى « التَّلْخيصِ » : يَثْبُتُ فيها ، كسائِرِ العُقودِ . قال : ويَحْتَمِلُ عندِى ، لا يَثْبُتُ . ومنها ، هل يرُدُّ بالعَيْبِ ؟ فعلى الثَّانيةِ ، له الرَّدُّ . وعلى المذهبِ ، يَحْتَمِلُ أنْ لا يرُدَّ به ، ويَحْتَمِلُ أنْ يرُدَّ به . قالَه فى « القواعِدِ » . ومنها ، الإقالَةُ فى المُسْلَمِ فيه قبلَ

الشرح الكبير

وبَقِىَ[1] الفَسْخُ على مُقْتَضاهُ ، كسائِرِ الفُسُوخِ . ولَنا ، أنّه شَرَطَ التَّفَاضُلَ فيما يُعْتَبَرُ فيه التَّماثُلُ ، فبَطَل ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ . [٢٩٢/٣ظ] ولأنَّ القَصْدَ بالإقالَةِ رَدُّ كُلِّ حَقٍّ إلى صاحِبِه ، فإذا شَرَط زِيَادَةً أو نَقْصًا ، أخْرَجَ العَقْدَ عن مَقْصُودِه ، فبَطَل ، كما لو باعَهُ بشَرْطِ أنْ لا يُسَلِّمَ إليه . وفارَقَ سائِرَ الفَسْخِ[2] ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ فيه الرِّضَا مِنْهما ، بل يَسْتَقِلُّ[3] به أحَدُهما ، فإذا شُرِطَ عليه شىءٌ ، لم يَلْزَمْه ؛ لتَمَكُّنِه من

الإنصاف

قَبْضِه ، فقيل : يجوزُ الإقالَةُ فيه على الرِّوايتَيْن . وهى طَرِيقَةُ الأكْثَرِين . ونقَل ابنُ المُنْذِرِ ، الإجْماعَ على ذلك . وقيل : يجوزُ على المذهبِ ، لا الثَّانيةِ . وهى طَرِيقَةُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ فى رِوَايَتَيْهِما ، وصاحِبِ « الرَّوْضَةِ » ، وابنِ الزَّاغُونِىِّ . ويأْتِى أيضًا فى بابِ السَّلَمِ . ومنها ، لو باعَه جُزْءًا مُشاعًا مِن أرْضِه ، فعلى المذهبِ ، لا يَسْتَحِقُّ المُشْتَرِى ، ولا مَن حدَث له شَرِكَةٌ فى الأرْضِ قبلَ المُقايَلَةِ شيئًا مِنَ الشِّقْصِ بالشُّفْعَةِ . وعلى الثَّانيةِ ، يَثْبُتُ لهم . وكذا لو باعَ أحدُ الشَّرِيكَيْن حِصَّتَه [٩١/٢ظ] ، ثم عفَا الآخَرُ عن شُفْعَتِه ، ثم تقَايَلا ، وأرادَ العافِى أنْ يَعُودَ إلى الطَّلَبِ ، فليس له ذلك ، على المذهبِ . وعلى الثَّانيةِ ، له ذلك . ومنها ، لو اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثم تَقَايَلاه قبلَ الطَّلَبِ ، فعلى الثَّانيةِ ، لا يَسْقُطُ . وعلى المذهبِ ، لا يسْقُطُ أيضًا . وهو قوْلُ القاضى وأصحابِه . وقيل : يسْقُطُ . وهو المَنْصُوصُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ أبى حَفْصٍ ، والقاضى فى « خِلافِه » . ومنها ، هل يَمْلِكُ المُضارِبُ أو الشَّرِيكُ الإقالَةَ فيما اشْتَرَياه ؟ فالأكْثَرُون على أنَّهما يَمْلِكانِها عليهما مِن المَصْلَحَةِ .

---

(١) فى م : « نفى » .
(٢) فى م : « الفسوخ » .
(٣) فى م : « يسأل » .

الشرح الكبير

الفَسْخِ بدونه . وإنْ شَرَطَ لنفْسِه شيئًا ، لم يَلْزَمْ أيْضًا ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ أكثرَ من الفَسْخِ . وفى مسألتِنا لا تَجُوزُ الإقَالَةُ إلا برِضاهما ، وإنّما رَضِىَ

الإنصاف

وقال ابنُ عَقِيلٍ فى مَوْضِعٍ من « فُصُولِه » : على المذهبِ ، لا يَمْلِكُه ، وعلى الثَّانيةِ ، يَمْلِكُه . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أوَّلِ الشَّرِكَةِ . ومنها ، هل يَمْلِكُ المُفْلِسُ بعدَ الحَجْرِ المُقايَلَةَ لظُهورِ المَصْلَحَةِ ؟ فعلى الثَّانيةِ ، لا يَمْلِكُ . وعلى المذهبِ ، الأظْهَرُ ، يَمْلِكُه . قالَه ابنُ رَجَبٍ . ومنها ، لو وهَب الوالِدُ شيئًا ، فباعَه ، ثم رجَع إليه بإقالَةٍ ، فعلى الثَّانِيَةِ ، يَمْتَنِعُ رُجوعُ الأَبِ . وعلى المذهبِ ، فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفوائدِ » . ويأْتِى هذا هُناك . وكذا حُكْمُ المُفلِسِ إذا باعَ السِّلْعَةَ ، ثم عادَتْ إليه بإقالَةٍ ، ووجَدَها بائعُها عندَه . ويأْتِى هذا فى الحَجْرِ . ومنها ، لو باعَ أمَةً ، ثم أقالَ فيها قبلَ القَبْضِ ، فقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى ، والشِّيرازِىُّ : يجِبُ اسْتِبْراؤُها على الثَّانيةِ ، ولا يجِبُ على المذهبِ . وقيل : فيها رِوايَتان مِن غيرِ بِناءٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : والمَنْصُوصُ ، فى رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ ، وابنِ بَخْتَانَ ، وُجوبُ الاسْتِبْراءِ مُطْلَقًا ، ولو قبلَ القَبْضِ . وهو مُخْتارُ القاضى ، وجماعةٍ مِنَ الأصحابِ ، إناطَةً بالمِلْكِ ، واحْتِياطًا للأَبْضاعِ . ونصَّ فى رِوايَةٍ أُخْرَى ، أنَّ الإقَالَةَ إنْ كانتْ بعدَ القَبْضِ والتَّصَرُّفِ ، وجَب الاسْتِبْراءُ ، وإلَّا لم يجِبْ . وكذلك حكَى الرِّوايَةَ القاضى ، وأبو محمدٍ فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » . وكأنَّ أحمدَ لم يَنْظُرْ إلى انْتِقالِ المِلْكِ ، إنَّما نظَر للاحْتِياطِ . قال : والعَجَبُ مِنَ المَجْدِ ؛ حيثُ لم يذْكُرْ قَيْدَ التَّفَرُّقِ مع وُجودِه ، وتَصْريحِ الإمامِ به ، لكِنَّه قَيَّدَ المَسْأَلَةَ بقَيْدٍ لا بأْسَ به ؛ وهو بِناؤُها على القَوْلِ بانْتِقالِ المِلْكِ ، أمَّا لو كانتِ الإقالَةُ فى بَيْعِ خِيارٍ ، وقُلْنا : لم يَنْتَقِلْ . فظاهِرُ كلامِه ، أنَّ الاسْتِبْراءَ لا يجِبُ ، وإنْ وُجِدَ القَبْضُ . ولم يَعْتَبِرِ المَجْدُ أيضًا القَبْضَ ، فيما إذا كان المُشْتَرِى لها امْرأةً ، بل حكَى فيه الرِّوايَتَيْن ، وأطْلَقَ ، وخالَفَ أبا محمدٍ فى تَصْريحِه بأنَّ المَرْأةَ بعدَ التَّفَرُّقِ كالرَّجُلِ . ونصُّ أحمدَ

الشرح الكبير

بها أحَدُهما مع الزِّيادَةِ أو النَّقْصِ ، فإذا أَبْطَلْنا شَرْطَهُ ، فات رِضَاهُ ، فتَبْطُلُ الإقالَةُ ، لعَدَمِ رِضاهُ بها .

الإنصاف

الذى فرَّق فيه بينَ التَّفرُّقِ وعدَمِه ، وقَع فى الرَّجُلِ . انتهى كلامُ الزَّرْكَشِىِّ . وقال فى « القواعِدِ » ، بعدَ أنْ حكَى الطَّريقتَيْن الأُولَيَيْن : ثم قيلَ : إنَّه مَبْنِىٌّ على انْتِقالِ الضَّمانِ عن البائعِ وعدَمِه ، وإليه أشارَ ابنُ عَقِيلٍ . وقيل : بل يرْجِعُ إلى أنَّ تجَدُّدَ المِلْكِ مع تحقُّقِ البَراءَةِ مِن الحَمْلِ ، هل يُوجِبُ الاسْتِبْراءَ أم لا ؟ قال : وهذا أظْهَرُ . انتهى . ومنها ، لو حلَف لا يَبِيعُ ، أو لَيَبِيعَنَّ ، أو علَّق فى البَيْعِ طَلاقًا أو عِتْقًا ، ثم أقالَ ، فإنْ قُلْنا : هى بَيْعٌ . ترَتَّبَ عليها أحْكامُه مِنَ البِرِّ والحِنْثِ ، وإلَّا فلا . قال ابنُ رَجَبٍ : وقد يُقالُ : الأَيْمانُ تَنْبَنِى على العُرْفِ ، وليس فى العُرْفِ ، أنَّ الإقالَةَ بَيْعٌ . ومنها ، لو باعَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيًّا خَمْرًا ، وقُبِضَتْ دُونَ ثَمَنِها ، ثم أسْلَمَ البائعُ ، وقُلْنا : يجِبُ له الثَّمَنُ . فأقالَ المُشْتَرِى فيها ، فعلى الثَّانيةِ ، لا يصِحُّ . وعلى المذهبِ ، قيلَ : لا يصِحُّ أيضًا . وقيل : يصِحُّ . وأطْلَقهما فى « الفوائدِ » . ومنها ، هل تصِحُّ الإقالَةُ بعدَ مَوْتِ المُتعاقِدَيْن ؟ ذكَر القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » ، أنَّ خِيارَ الإقالَةِ يَبْطُلُ بالمَوْتِ ، ولا تصِحُّ بعدَه . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : إنْ قُلْنا : هى بَيْعٌ . صحَّتْ مِنَ الوَرَثَةِ . وإنْ قُلْنا : فَسْخٌ . فوَجْهان . وبنَى فى « الفُروعِ » صِحَّةَ الإقالَةِ مِنَ الوَرَثَةِ على الخِلافِ ؛ إنْ قُلْنا : فَسْخٌ . لم تصِحَّ منهم ، وإلَّا صَحَّتْ . ومنها ، لو تَقايَلا فى بَيْعٍ فاسِدٍ ، ثم حكَم حاكِمٌ بصِحَّةِ العَقْدِ ونُفوذِه ، فهل يُؤَثِّرُ حُكْمُه ؟ إنْ قُلْنا : الإقالَةُ بَيْعٌ . فحُكْمُه بصِحَّةِ البَيْعِ صَحِيحٌ . وإنْ قُلْنا : فَسْخٌ . لم يَنْفُذْ ؛ لأنَّ العَقْدَ ارْتفَعَ بالإقالَةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَنْفُذَ ، وتُلْغَى الإقالَةُ . وهو ظاهِرُ ما ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » . ومنها ، مُؤْنَةُ الرَّدِّ ، فقال فى « الانْتِصارِ » : لا تَلْزَمُ مُشْتَرِيًا ، وتَبْقَى بيَدِه أمَانَةً ، كوَدِيعَةٍ . وفى « التَّعْليقِ » للقاضى ، يَضْمَنُه . قال فى « الفُروعِ » : فيتَوَجَّهُ ، تَلْزَمُه المُؤْنَةُ .

الإنصاف وقطَع به فى « الرِّعايَةِ » فى مَعِيبٍ . وفى ضَمانِه النَّقْصَ خِلافٌ فى « المُغْنِى » . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ قيلَ : الإقالَةُ بَيْعٌ توَجَّهَ على مُشْتَرٍ .

فائدة : إذا وقَع الفَسْخُ بإقالَةٍ ، أو خِيارِ شَرْطٍ ، أو عَيْبٍ ، أو غيرِ ذلك ، فهل يَرْتَفِعُ العَقْدُ مِن حِينِه ، أو مِن أصْلِه ؟ قال القاضى فى الإقالَةِ فى النَّماءِ المُنْفَصِلِ : إذا قِيلَ : إنَّها فَسْخٌ . يكونُ للمُشْتَرِى ، فحُكِمَ بأنَّها فَسْخٌ مِن حِينِه . [٢/ ٩٢و] وهذا المذهبُ . قال فى آخِرِ « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والثَّلاثِين » : وخامِسُها ، أنْ يَنْفَسِخَ مِلْكُ المُؤْجِرِ ، ويعودَ إلى مَن انْتقَلَ المِلْكُ إليه منه . فالمَعْروفُ فى المذهبِ ، أنَّ الإجارَةَ لا تَنْفَسِخُ بذلك ؛ لأنَّ فَسْخَ العَقْدِ رَفْعٌ له مِن حِينِه ، لا من أصْلِه . انتهى . وقال أبو الحُسَيْنِ فى « تَعْليقِه » : والفَسْخُ عندَنا ، رَفْعٌ للعَقْدِ مِن حِينِه . وقال أبو حَنِيفَةَ : مِن أصْلِه . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : القِياسُ أنَّ الفَسْخَ رَفْعٌ للعَقْدِ مِن حِينِه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وسائرِ الفُسوخِ . وقال فى « الفُروعِ » ، وفى « تَعْليقِ القاضى » ، و « المُغْنِى » ، وغيرِهما : الإقالَةُ فَسْخٌ للعَقْدِ مِن حِينِه . وهذا أظْهَرُ . انتهى . والذى رأَيْنا فى « المُغْنِى » ، الإقالَةُ فَسْخٌ للعَقْدِ ، ورَفْعٌ له مِن أصْلِه . ذكَرَه فى الإقالَةِ فى السَّلَمِ . فلعَلَّ صاحِبَ « الفُروعِ » اطَّلَعَ على مَكانٍ غيرِ هذا ، أو هو كما قال شيْخُنا فى « حوَاشِيه » : إنَّ الضَّمِيرَ فى قَوْلِه : مِن حِينِه . يرْجِعُ إلى العَقْدِ ، لا إلى الفَسْخِ . قلتُ : وهو بعيدٌ . وصرَّح أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، بانْفِساخِ النِّكاحِ لو نكَحَها المُشْتَرِى ، ثم ردَّها بعَيْبٍ ، بِناءً على أنَّ الفَسْخَ رَفْعٌ للعَقْدِ مِن أصْلِه . انتهى . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى « خِلافَيْهما » : الفَسْخُ بالعَيْبِ ، رَفْعٌ للعَقْدِ مِن حِينِه ، والفَسْخُ بالخِيارِ ، رَفْعٌ للعَقْدِ مِن أصْلِه ؛ لأنَّ الخِيارَ يَمْنَعُ اللُّزومَ بالكُلِّيَّةِ ، ولهذا يُمْنَعُ معه مِنَ التَّصرُّفِ فى المَبِيعِ وثَمَنِه ، بخِلافِ المَعِيبِ . انتهيا . وتلَخَّصَ لنا فى المَسْأَلةِ ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ ثالِثُها ، فَرْقٌ بينَ الفَسْخِ بالخِيارِ ،

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

وبينَ الفَسْخِ بالعَيْبِ ، وأنَّ المذهبَ ، أنَّه فَسْخٌ للعَقْدِ مِن حِينِه .



فهرس الجزء الحادى عشر
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الشروط فى البيع

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الخيار فى البيع

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء الحادى عشر
ويليه الجزء الثانى عشر
وأوله : باب الربا والصرف
والْحَمْدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٤٨٣٦ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 114 – x

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة